

**ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO**

**Crítica aos obstáculos  
epistemológicos da prisão cautelar**

**CURITIBA  
2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO**

**Crítica aos obstáculos  
epistemológicos da prisão cautelar**

Dissertação apresentada pelo mestrando André Ribeiro Giamberardino ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

**CURITIBA  
2008**



**Ministério da Educação**  
**Universidade Federal do Paraná**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**André Ribeiro Giamberardino**

### **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito do Estado e aprovado pela seguinte banca examinadora:

#### **Banca Examinadora**

Orientador:

**Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

Professor Titular do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná – UFPR

**Prof. Dr. Massimo Pavarini**

Professor Catedrático da Facoltà di Giurisprudenza da Università di Bologna - Itália.

**Prof. Dr. Salo de Carvalho**

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.

Curitiba, 29 de setembro de 2008

À Izinha.

## **AGRADECIMENTOS**

Injustiças são inevitáveis no ato de agradecer, principalmente quando feito de forma tão sucinta. Ninguém faz nada sozinho e as muitas pessoas imprescindíveis e que de alguma forma contribuíram à conclusão do curso de mestrado estão realmente incluídas neste sincero **obrigado**.

Agradeço também ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnologia (CNPq) e à Universidade Federal do Paraná, especialmente seu Programa de Pós-graduação em Direito, por todo o apoio e suporte.

Por fim, é preciso dizer alguns obrigados especiais. Ao Jacinto, por ser bom. À Iza, por ser tudo. Aos meus pais e toda minha família, por serem quem são. Aos meus amigos, por cada momento. E à Mel, pela alegria incondicional.

**Muito obrigado.**

# ÍNDICE

## INTRODUÇÃO

§ 1º Algumas palavras iniciais.....	01	
§ 2º Epistemologia e crítica .....	06	
§ 3º O obstáculo da linguagem.....	10	
§ 4º Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar.....	14	
<b>1. CAPÍTULO UM</b>		
<b>1.1. CONTEÚDO DO PROCESSO</b>		
§ 1º Lide, conflito de interesses e processo penal.....	17	
§ 2º Acertamento do caso penal e a busca de um conceito adequado.....	22	
<b>1.2. TUTELA CAUTELAR</b>		
§ 1º Tutela cautelar e lide no processo civil .....	30	
§ 2º Tutela cautelar e lide no processo penal .....	36	
§ 3º A tutela cautelar no processo penal: estrutura e função.....	43	
<b>1.3. PRISÃO COMO MEIO DE CAUTELA</b>		
§ 1º Prisão.....	51	
§ 2º O princípio da presunção de inocência.....	52	
§ 3º Prisão processual e prisão penal.....	58	
<b>2. CAPÍTULO DOIS</b>		
<b>2.1. O PRINCÍPIO INQUISITIVO E A ESTRUTURA INQUISITÓRIA</b>		
§ 1º Introdução.....	65	
§ 2º Sistema e princípio unificador.....	66	
§ 3º Sobre a estrutura inquisitória pura.....	69	
§ 4º Do princípio inquisitivo e o sistema misto.....	74	
<b>2.2. PRENDER PARA GARANTIA DA INSTRUÇÃO E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL</b>		
§ 1º Introdução.....	81	
§ 2º Prender por conveniência da instrução criminal .....	83	
§ 3º Prender para garantia de aplicação da lei penal .....	88	
<b>2.3. A PRISÃO PROCESSUAL COMO EXPRESSÃO POR EXCELÊNCIA DA ESTRUTURA INQUISITÓRIA</b>		
§ 1º Imputado como meio de prova e objeto de investigação.....	93	
§ 2º Paralelos: tortura, <i>lettres-de-cachet</i> e pena extraordinária.....	97	
§ 3º A prisão cautelar nos sistemas acusatórios.....	101	
<b>3. CAPÍTULO TRÊS</b>		
<b>3.1. PRISÃO E HISTÓRIA</b>		
§ 1º Introdução.....	105	
§ 2º Observações sobre a perspectiva histórica.....	110	
§ 3º A prisão como pena.....	114	
<b>3.2. GARANTIR A ORDEM</b>		
§ 1º Do social à eficiência.....	122	
§ 2º Ordem e proteção da comunidade: o debate na Suprema Corte norte-americana.....	133	
§ 3º Garantia da ordem como fundamento da prisão cautelar no Brasil.....	138	
<b>3.3. REALIDADE PERIFÉRICA E A PRISÃO PARA INCAPACITAR</b>		
§ 1º Incapacitação.....	147	
§ 2º Socialmente perigosos.....	158	
§ 3º Do lugar da periferia.....	167	
<b>CONCLUSÕES.....</b>		182
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>		186

## RESUMO

A compreensão efetivamente crítica da prisão cautelar exige a investigação e a identificação dos obstáculos epistemológicos que em regra distorcem seu estudo e limitam a visualização das funções reais por ela objetivamente exercidas. A carência de uma fundamentação consistente a justificar a aplicação de medida idêntica à punição sem condenação definitiva desemboca no argumento inaceitável que a trata como um “mal necessário”; seja em vertente mais autoritária, que expande sua aplicação dela fazendo medida de segurança pública, seja por via mais liberal, a qual entende ser a medida admissível quando cumpridora de escopos exclusivamente voltados à “tutela do processo” e limitada por princípios de excepcionalidade e proporcionalidade. O presente trabalho se insere fora da dimensão estritamente normativa para buscar uma outra compreensão ou explicação da temática, a partir de três vias principais. A tentativa de construção de uma teoria geral do processo a partir da noção carneluttiana de *lide*, primeiramente, exerceu grande influência sobre a explicação da tutela cautelar, sendo assim também no âmbito do processo penal, no qual, a partir da noção de “lide penal”, identificou-se o conflito de interesses nas medidas cautelares enquanto forma de “repartição de riscos”. O fundamento é inaceitável não só porque não serve qualquer noção de lide enquanto conteúdo do processo penal, mas também por existir, neste âmbito, postulado constitucional optando pela presunção de inocência. Ademais, trata-se de uma concepção de processo filiada à filosofia da consciência, ao invés de se o entender como uma mediação, pela linguagem, a buscar a reconstrução de um fato pretérito para, assim, fazer o acerto do caso penal. Em segundo lugar, e sendo tal reconstrução levada a cabo a partir das provas obtidas, tem-se que a caracterização de um sistema processual se dá através de seu *princípio unificador*, caracterizado pela *gestão da prova*: dispositivo, se esta é disposta às partes; inquisitivo, se concentrada nas mãos do órgão julgador. Caracteriza-se a prisão cautelar como a expressão por excelência do princípio inquisitivo, e especialmente quando decretada por “conveniência da instrução” ou para “garantir a aplicação da lei penal”, por tomar o acusado como *meio de prova e objeto de investigação*, abrindo largo espaço para a formulação de pré-juízos desfavoráveis por parte do julgador. Em terceiro lugar, enfim, limita-se a crítica quando a leitura do tema se dá apenas dentro de uma dimensão normativa, deixando-se de lado os modelos explicativos das funções da pena advindos das teorias criminológicas. Busca-se, por isto, visualizar a proximidade da custódia cautelar à prisão penal desde os processos históricos que fizeram da pena privativa de liberdade a modalidade hegemônica de punição na sociedade capitalista, até sua hodierna identificação teleológica: ambas atuando sob a regência do princípio da eficiência, que marca o pensamento neoliberal, enquanto mecanismos de incapacitação dos indivíduos ou grupos considerados “socialmente perigosos”. A prisão cautelar, assim como a prisão penal, cumpre hoje a função de exclusão institucional como escopo primário, porém qualificada pelo imediatismo. As consequências são especialmente perversas na realidade periférica, onde em nenhum momento se buscou concretizar políticas de ressocialização e onde a construção social do “socialmente perigoso” se identifica com os processos históricos de criminalização da pobreza.

**Palavras-chave:** *Prisão; prisão cautelar; pena; sistema inquisitório; incapacitação.*

## RIASSUNTO

La comprensione veramente critica della custodia cautelare richiede la ricerca e l'identificazione degli ostacoli epistemologici che fuorviano loro studio e limitano la visualizzazione degli funzioni reali obiettivamente esercitate da loro. La mancanza d'una fondamentazione consistente che giustifichi l'applicazione di misura identica a quella punitiva senza la condanna definitiva, sbocca nell'irricevibile argomento del "male necessario"; sia per una via più autoritaria, che espande la sua applicazione facendo della custodia cautelare una misura di sicurezza pubblica, sia per una via più liberale, secondo a quale la misura è ammissibile quando focalizzata sulla tutela del processo e limitata dai principi di eccezionalità e proporzionalità. Questo lavoro rientra al di fuori della dimensione strettamente normativa, in cerca di un'altra spiegazione o comprensione del tema da tre strade principali. Prima, il tentativo di costruire una teoria generale del processo di nozione carneluttiana della lite ha influenzato la spiegazione della tutela cautelare, anche nell'ambito del diritto processuale penale, nel quale, dalle nozioni di "lite penale", il conflitto di interessi nelle misure cautelare è stato identificato come una "ripartizione di rischio". Il fondamento é inaccettabile non solo per il fatto che non serve qualsiasi nozione di lite come contenuto del processo penale, però c'è un'opzione costituzionale della presunzione d'innocenza. Inoltre, si tratta d'un modello processuale affiliato alla filosofia della coscienza, invece di comprendere come una mediazione linguistica che cerca la ricostruzione d'un fatto passato, per fare l'accertamento del caso penale. In secondo luogo, considerato che questa ricostruzione si effettui dalle prove ottenute, si dice che la caratterizzazione di un sistema processuale si verifica attraverso il suo principio unificatore, caratterizzato dalla gestione della prova: dispositivo, se questa è disposta alle parti; inquisitivo, se è concentrata nelle mani del giudice. La custodia cautelare si caratterizza come l'espressione per eccellenza del principio inquisitivo, soprattutto quando ordinata per tutelare la "comodità di istruzione" o per "assicurare l'applicazione della legge penale". In tali casi, l'imputato si assume come elemento di prova e oggetto di indagine, con l'apertura di ampio spazio per la formulazione di pregiudizi sfavorevoli da parte del giudice. In terzo luogo, infine, si limita alla lettura critica quando si verifica il problema solo all'interno di una dimensione normativa, lasciando da parte i modelli per spiegare le funzioni della pena derivante delle teorie criminologiche. La ricerca è, pertanto, sulla vicinanza tra il carcere cautelare e il carcere penale sin dai processi storici che hanno fatto della pena di privazione della libertà la forma egemonica di punizione nella società capitalista, fino all'identificazione odierna. Entrambi i casi operano oggi sotto il magistero del principio di efficienza, che segna il pensiero neoliberalista, come meccanismi di incapacitazione di individui o di gruppi ritenuti "socialmente pericolosi". La carcerazione cautelare, così come quella penale, esercita oggi la funzione di esclusione istituzionale come scopo primario, qualificata dell'immediatezza. Le conseguenze sono particolarmente perverse nella realtà periferica, dove si ha mai cercato di eseguire politiche di risocializzazione e dove la costruzione sociale del "socialmente pericoloso" si identifica con i processi storici di criminalizzazione della povertà.

**Parole-chiave:** *Carcere; carcere cautelare; pena; sistema inquisitorio; incapacitazione.*





## INTRODUÇÃO

### § 1º Algumas palavras iniciais

*Tema deprimente*<sup>1</sup>: assim adjetivou CORDERO a temática que se pretende ter por objeto do presente trabalho; e não à toa. Profundamente marcada pela incongruência entre *teoria e práxis*, a prisão cautelar se manifesta de forma dramática, nesta última, enquanto permanece, naquela, dando voltas em torno a justificativas que em regra findam no argumento da *necessidade*.

Se “o tema da liberdade individual do imputado é, em certos aspectos, o critério de prova do tipo de ordenamento no qual se inspira o processo penal”<sup>2</sup>, é justamente porque se põe como paralelos a feição autoritária ou democrática de um regime de governo e o papel assumido pelo processo penal na mesma sociedade.

A custódia sem sentença, na forma de uma pena antecipada, sofreu críticas duras dos pensadores liberais ligados à *reforma humanista* pela qual passou o direito penal e processual penal a partir dos movimentos e do pensamento iluminista. Vide, nesse sentido o forte teor de indignação de Alexandre Delvaille, secretário da Comissão de Revisão do Código Penal francês, não obstante se datar em 1895:

Um homem é denunciado, as aparências o acusam e, embora protegido pela presunção de inocência, prendem-o, arrancam-o de sua casa, de sua família, de seus negócios; lançam em suas relações a perturbação e o distúrbio, trazem para sua imagem um ataque mortal, expondo-o a uma ruína contra a qual conspiraria se estivesse livre e que o encarceramento torna inevitável; e tudo isso para facilitar a instrução que contra ele se dirige e aguardando que a justiça tenha podido reconhecer com certeza se ele é inocente ou culpado.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 262.

<sup>2</sup> PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**, p. 253. Trad. livre. No original: “il tema della libertà personale dell’imputato è, sotto certi aspetti, il banco de prova del tipo di ordinamento al quale si ispira il processo penale”.

<sup>3</sup> DELVAILLE, Alexandre. **De la déduction de la détention préventive**, p. 1-2. Trad. livre. No original: “Un homme est dénoncé, des apparences l’accusent, et quoique la présomption d’innocente le protège, on l’arrête, on l’arrache à son foyer, à sa famille, à ses affaires ; on jette dans toutes ses relations la perturbation et le trouble, on porte à son crédit une mortelle atteinte, on l’expose à une ruine qu’il conjurerait s’il était libre et que la captivité rend inévitable; et tout cela pour faciliter l’instruction dirigée contre lui et en attendant que la justice ait pu reconnaître avec certitude s’il est innocent ou coupable”.

De sua irônica conclusão no sentido de que “para que uma medida culmine em tais resultados sem ser um ato monstruoso de arbitrariedade, é preciso que ela seja inevitável”<sup>4</sup>, depreende-se ser exatamente da busca em demonstrar *não se poder viver sem ela* que o próprio discurso liberal buscou uma saída para a manutenção da custódia cautelar de forma a compatibilizá-lo com o também recém-consagrado princípio da presunção de inocência; o que se fez, principalmente, através das *teses processualistas* que diferenciam prisão *penal* e *processual* a partir da finalidade atribuída ao encarceramento, sendo esta última uma prisão de caráter estritamente processual, e não penal, quando voltada a um escopo efetivamente cautelar.

É neste sentido que “durante a Ilustração se estabeleceram finalidades legitimantes do encarceramento preventivo próprias do pensamento liberal clássico que perduram até estes dias”<sup>5</sup>, não se buscando *superar* a prisão cautelar mas tão-somente minimizar seus efeitos nos termos de sua utilização no sistema inquisitório puro. Junto a este discurso, a premissa de fundo foi (e ainda é), desde CARRARA, a de que a custódia cautelar pode até ser interpretada como um mal, mas um *mal necessário*:

Admite-se, entretanto, como uma necessidade política, atualmente já reconhecida pelos seguintes fatores: 1º, necessidade de *justiça*, para impedir a fuga do réu; 2º, necessidade de *verdade*, para impedi-lo de turbar as pesquisas da autoridade, destruir os vestígios do delito, intimidar as testemunhas; 3º, necessidade de *defesa* pública, para impedir certos facínoras de continuarem, pendente o processo, nos seus ataques ao direito alheio.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> *Idem*. Trad. livre. No original: “pour qu’une mesure aboutisse à de pareils résultats sans être un acte monstrueux d’arbitraire, il faut qu’elle soit inévitable”.

<sup>5</sup> SERGI, Natalia. La privación de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, p. 129. Trad. livre. No original: “durante la Ilustración se establecieron fines legitimantes del encarcelamiento preventivo propios del pensamiento liberal clásico que perduran hasta estos días”.

<sup>6</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**, v. II, p. 392. O próprio CARRARA reconhece um caráter *imoral* e *injusto* na prisão cautelar, expressando quais seriam para ele os limites dos critérios então em plena construção: “Necessária, para formar o *processo escrito*, para que o juiz possa interrogar o imputado por qualquer necessidade da instrução. Mas esta razão cessa quando terminam os interrogatórios. Necessária para alcançar a *verdade*, retirando do imputado os meios de subornar ou aterrorizar as testemunhas, ou destruir os vestígios e provas de seu delito. Mas esta razão cessa quando conclui o processo. Necessária, para a *segurança*, a fim de que o imputado não tenha o poder, pendente o processo, de continuar em seus delitos. Mas esta razão não tem lugar quando se trata de crimes de ocasião ou passionais que não oferecem lugar aos caracteres da habitualidade. Necessária, para garantir a *pena* a fim de que o réu não se subtraia a ela. Mas esta razão não tem lugar quando se trata de delitos pelos quais se ameaça um castigo que é proporcionalmente menos grave que o desterro perpétuo da pátria”; cf. CARRARA, Francesco. La imoralidad del carcere preventivo. **La Prisión Preventiva** (Organização de Marcelo Finzi), p. 6-7. Trad. livre. No original: “Necesaria, para formar el *proceso escrito*, para que el juez pueda interrogar al imputado por cualquier necesidad de la instrucción. Pero esta razón cesa cuando terminan los interrogatorios. Necesaria para alcanzar la *verdad*, sacando al imputado los medios de sobornar o atemorizar a los testigos, o destruir los vestigios y las pruebas de su delito. Pero esta razón cesa cuando concluye el proceso. Necesaria, por la *seguridad*, a fin de que el imputado no tenga potestad, pendiente el proceso, de continuar en sus delitos.

Nas palavras de TOURINHO FILHO, seria um *mal* “porque põe em perigo o *jus libertatis* do cidadão que a Lei Maior protege e preserva” e *necessário* “porque sem ela, muitas vezes não se assegurariam a ordem pública, a regular colheita do material probatório para um julgamento justo e o império efetivo da lei penal”.<sup>7</sup> No mesmo sentido a própria definição de *prisão preventiva* por João Luis de Moraes ROCHA:

A prisão preventiva que numa acepção genérica é (...) toda a privação de liberdade física antes da condenação transitada em julgado, praticada com fins processuais e por determinação judicial, constitui em todas as sociedades hodiernas um ‘mal necessário’, no sentido em que podendo trazer malefícios para o cidadão individualmente considerado, que se poderá ver indevidamente privado de liberdade, surge como uma necessidade social a fim de acautelar a segurança dos outros cidadãos e, ainda, o garante da efectivação da justiça.<sup>8</sup>

Na mesma esteira, RUBIANES defende se tratar de uma *necessidade* de defesa da sociedade perante a agressão representada pelo crime, a fim de se evitar que a presunção de inocência seja “um meio para a impunidade”<sup>9</sup>; enquanto ZAVALETA reconhece ser a necessidade a *única* justificação para a prisão preventiva:

É a necessidade, portanto, o que justifica o direito da sociedade impor a prisão preventiva ao indivíduo a quem se atribui a comissão de um fato delituoso. Objetaram alguns que tal necessidade não é um fundamento jurídico suficiente. A objecção é indubitavelmente válida, mas dentro da dimensão da justiça absoluta, que certamente não é aquela que aqui se deve ter em conta. É fundamento jurídico suficiente, em contrário, quando se tem presente – como corresponde – que é direito e dever do Estado aplicar a lei repressiva a todo aquele que infringe uma norma penal (...). A necessidade, e nada mais que a necessidade é, conseqüentemente, o fundamento jurídico, a única justificação da prisão preventiva.<sup>10</sup>

---

Pero esta razón no ha lugar cuando se trata de delitos cometidos por una ocasión o pasión espacial que no ofrece los caracteres de la habitualidad. Necesaria, para lograr la *pena* a fin de que el reo no se sustraiga a ella con la fuga. Pero esta razón no ha lugar cuando se trata de delitos por los que se amenaza un castigo que es proporcionalmente menos grave que el destierro perpetuo de la patria”.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 74. Entre outros, no mesmo sentido: TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. V. 2, P. 64; CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 231; DEL POZZO, Carlo Umberto. **Introduzione allo Studio Della Libertà Personale nel processo**, p. 60; PEZZATINI, Pompeo. **La custodia preventiva**, p. 1.

<sup>8</sup> ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual**, p. 16-17.

<sup>9</sup> RUBIANES, Carlos. **Manual de Derecho Procesal Penal**, v. III, p. 102: “a sociedade necessita se defender, porque o crime atinge seus bens essenciais, de modo que o Estado pode recorrer à privação da liberdade durante o processo, quando necessita fazê-lo, de maneira que a garantia constitucional do juízo prévio não seja um meio para se chegar à total impunidade”. Trad. livre. No original: “la sociedad necesita defenderse, porque el delito vulnera sus bienes esenciales, de modo que el Estado puede recurrir a la privación de libertad durante el proceso, cuando necesita hacerlo, de manera que la garantía constitucional del juicio previo no sea un medio para lograr la total impunidad”.

<sup>10</sup> ZAVALETA, Arturo. **La prision preventiva y la libertad provisória**, p. 110-111. Trad. livre. No original: “Es la necesidad, por tanto, la que justifica el derecho de la sociedad de imponer la prisión preventiva al individuo a quien se atribuye la comisión de un hecho delictuoso. Se ha objetado por algunos que tal

A pobreza científica de um discurso que não encontra fundamentos consistentes de justificação de uma medida, para além de considerá-la “necessária”<sup>11</sup>, sem dizer *para que* e *para quem*, faz com que fique manifesto, por muitos, o incômodo representado pela admissão da prisão como meio de cautela. É o que ocorre, entre outros, com PISAPIA, que reconhece as dificuldades em se dar ao instituto um fundamento e uma justificativa racional<sup>12</sup>; com BELLAVISTA e TRANCHINA que falam em “justificativas que não resistem à crítica”<sup>13</sup>; com BINDER, segundo o qual ele é “sempre uma renúncia aos princípios do Estado de Direito (...) feita por motivos práticos e devido à falta de outros meios capazes de assegurar as finalidades do processo”<sup>14</sup>; e o que causa perplexidade à VÁSQUEZ ROSSI:

A situação destas medidas é um tanto paradoxal, já que quando se as leva a cabo não existe uma certeza do direito e o processo não foi iniciado, ou está em seu início, implicando, sem embargo, uma sorte de execução antecipada. Aqueles que refletem sobre o tema advertem que o dado empírico de que em muitas ocasiões se não se arbitram meios assecuratórios, a finalidade pretendida se desvanece; assim mesmo, e desde uma perspectiva contrária, pode ocorrer que se ocasione um prejuízo indevido ao acusado, que antes de poder se defender se vê sujeito a um grave constrangimento.<sup>15</sup>

---

necesidad no es suficiente fundamento jurídico. La objeción es indudablemente válida, pero dentro del terreno de la justicia absoluta, que no es por cierto el que aquí debe tenerse en cuenta. Es suficiente fundamento jurídico, en cambio, cuando se tiene presente – como corresponde – que es derecho y deber del Estado aplicar la ley represiva a todo aquel que infringe una norma de carácter penal (...). La necesidad, y nada más que la necesidad es, en consecuencia, el fundamento jurídico, la única justificación de la prisión preventiva”. Houve autores que se levantaram contra o argumento do “mal necessário”, afirmando ser este pouco “sólido e antijurídico”. Vide, por exemplo, a posição de Jean BORNECQUE e as críticas de ZAVALETA, *in* ZAVALETA, Arturo. **La prision preventiva y la libertad provisoria**, p. 111-122. Anote-se que a resposta de ZAVALETA – “Nos parece muy poco jurídico el argumento. (...). O es una pena con todos los atributos de tal, o no lo es. Aquí no caben términos medios” (*Idem*, p. 119) – peca por não ultrapassar o limitado horizonte do plano da dogmática estrita, sem perceber que a crítica que se fazia se dava em um plano epistemológico.

<sup>11</sup> Nesse sentido, v. LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 208: “O pensamento liberal clássico convive(u) com as prisões cautelares a partir de um argumento básico, verdadeira tábua de salvação: a cruel necessidade de tais medidas. Invocando o superado argumento de que os fins justificam os meios, contenta-se em considerar o meio como um fenômeno natural, que não precisa ser justificado, mas apenas explicado e, como muito, delimitado”.

<sup>12</sup> PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**, p. 263.

<sup>13</sup> BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di Diritto Processuale Penale**, p. 335: “si sono volute dare giustificazioni che non regono all’á critica, specie se statisticamente si computano le lunghe carcerazioni preventive che precedono sentenze di pieno proscioglimento”.

<sup>14</sup> BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**, p. 153.

<sup>15</sup> ROSSI, Jorge Eduardo Vásquez. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.II, p. 238. Trad. livre. No original: “La situación de estas medidas es un tanto paradójal, ya que cuando se las lleva a cabo no existe una certeza del derecho y el proceso no se ha iniciado o está en sus comienzos, implicando, sin embargo, una suerte de ejecución anticipada. Quienes reflexionan sobre el tema advierten el dato de experiencia de que en muchas ocasiones si no se arbitran medios asegurativos, la finalidad pretendida se desvanece; así mismo, y

É certo que, enquanto não houver sentença transitada em julgado condenando o acusado, é *possível* sua absolvição, sendo exatamente a absolvição após a submissão à custódia cautelar a situação em que se reconhece a máxima expressão dos defeitos do instituto:

Aqui revela o direito os sinais de sua humana imperfeição. O perigo, ou melhor, o dano da antecipação, emerge em todas as suas proporções: a custódia preventiva sofrida pelo imputado em seguida reconhecido inocente se põe no mesmo plano, por exemplo, da tutela concedida ao possuidor de má-fé ou aquele que exercitou uma ação judicial para obter o acerto de um direito reconhecido inexistente.<sup>16</sup>

Ora, está-se a falar de *liberdade*, ou seja, um direito fundamental o qual uma vez violado não se compensa nem se devolve ao indivíduo. Parece inaceitável se tomar por superados, na teoria, todas as questões problemáticas decorrentes da custódia cautelar através de explicações fundadas na “imperfeição do ser humano”.

De tal constatação se vê que há *premissas teóricas* que *obstaculizam* uma abordagem efetivamente *crítica* da custódia cautelar, sendo esta aqui abordada especialmente sob o prisma de sua *função*. A abordagem do tema se dará pela via do conceito de *obstáculos epistemológicos*, porque a *crítica* a que se refere incide sobre o próprio discurso legitimador<sup>17</sup> da prisão cautelar e não sobre aspectos referentes ao âmbito da dogmática estrita. Busca-se identificar, dessa forma, quais premissas teóricas impedem a realização de uma crítica frontal, pelo discurso acadêmico, à custódia cautelar em seus fundamentos de existência.

Não se ignora a grande quantidade de obras e trabalhos sobre o tema, e tampouco teria o presente trabalho qualquer pretensão de esgotamento, mormente por sequer se abordar o tema com profundidade nas dimensões da análise *legal* ou *jurisprudencial*, presentes apenas de forma indireta. Quer-se também evitar repetir a “análise sistematizada

---

desde una perspectiva contraria, puede ocurrir que se ocasione un perjuicio indebido al accionado, quien antes de poder hacer valer sus defensas se ve sujeto a un grave constreñimiento”.

<sup>16</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 37. Trad. livre. No original: “Qui il diritto svela i segni della sua umana imperfezione. Il pericolo o, meglio, il danno dell’anticipazione, emerge in tutte le sue proporzioni: la carcerazione preventiva sofferta dall’imputato in seguito riconosciuto innocente si pone sullo stesso piano, ad es., della tutela accordata al possessore ladro o a colui che ha esercitato un’azione giudiziaria per ottenere l’accertamento di un diritto riconosciuto inesistente”.

<sup>17</sup> WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do Direito**, p. 351: “uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da opressão’ e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei”.

da legislação em vigor na data de sua publicação (...) acentuando a preocupação em resolver assuntos de cariz eminentemente prático”<sup>18</sup> mas, em outro sentido, trabalhar a crítica a partir de um *ato de fé*: aquele que permite a esperança de que a mudança da *teoria* signifique, posteriormente, mudanças *práticas* efetivas.

## § 2º Epistemologia e crítica

O conceito de epistemologia pode ser dado, por um lado, como *teoria do conhecimento* e, por outro, como sinônimo de *filosofia da ciência*.<sup>19</sup> Segundo MIAILLE, tratam-se do conhecimento e do estudo das condições da produção científica<sup>20</sup>, distanciando-se do objeto específico de estudo a fim de se abordar, antes, condições necessárias a uma melhor compreensão daquele.

O processo intelectual do conhecimento, segundo COELHO, gira em torno dos elementos *sujeito*, *objeto* e *conceito*, sendo na relação estabelecida entre eles possível se identificar importantes discussões na história da filosofia como, por exemplo, a contraposição entre empiristas e racionalistas.<sup>21</sup> Também dessa relação decorre o conceito objetivo de *ciência*, enquanto “conjunto dos conceitos em torno de determinado objeto, ordenados conforme certas exigências de racionalidade que a tradição filosófica do ocidente desenvolveu”.<sup>22</sup>

Para WARAT, *epistemologia* é a racionalização da experiência metodológica, ou seja, o campo teórico no qual se produz o saber acerca do objeto metodológico:

O circuito que descreve a produção de um objeto de conhecimento vai, portanto, desde um sistema complexo de pensamento em direção à experiência direta. Os atos de produção do conhecimento, desta maneira, implicam o enfrentamento dialético com a história do pensamento científico. É possível avançar com o conhecimento científico justamente porque ele considera o conhecimento acumulado. A leitura do real está sempre orientada pelo que da realidade nos dizem ou predizem as

<sup>18</sup> ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual**, p. 25.

<sup>19</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 392: “Os dois significados estão estreitamente interligados, pois o problema do conhecimento, na filosofia moderna e contemporânea, entrelaça-se (e às vezes se confunde) com o da ciência”.

<sup>20</sup> MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 35.

<sup>21</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 22: “É um problema que dividiu a filosofia moderna entre empiristas e racionalistas, conforme se enfatizava, ou a objetividade que se revela através da experiência, ou a subjetividade da razão como fator determinante, senão exclusivo, do conhecimento”.

<sup>22</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 28.

teorias que dela se têm no momento. Este conhecimento acumulado se manifesta sempre através de uma rede complexa de insuficiências e obstáculos metodológicos.<sup>23</sup>

Considera-se, assim, que a compreensão de todo sistema explicativo se dá através da crítica de seus limites, levando em conta *obstáculos* existentes à frente do próprio conhecimento e que convidam à sua ruptura e evolução.<sup>24</sup>

Foi o pensamento de BACHELARD que, nesse sentido, exerceu decisiva influência para a reformulação do próprio conceito de conhecimento científico e forneceu a base da *epistemologia crítica contemporânea*. Com ele, deixa-se de crer no postulado central do positivismo lógico e *sua* epistemologia, fundada no princípio da verificação<sup>25</sup>, e também de se aplicar os métodos e pressupostos das ciências naturais às ciências sociais, o que se revelou inútil e equivocado; tudo isto porque *racionalidade* e *ciência* deixam de ter um papel meramente descritivo da realidade, passando-se a assumir toda teoria científica como provisória.<sup>26</sup> Nada é “evidente”: *todo conhecimento é construído*.<sup>27</sup>

Nesse contexto de superação da estrutura epistemológica positivista, BACHELARD define o próprio conhecimento científico como sendo a superação de *obstáculos epistemológicos*:

Quando se procuram as condições psicológicas do progresso da ciência, logo se chega à convicção de que *é em termos de obstáculos que o problema do conhecimento científico deve ser colocado*. E não se trata de considerar obstáculos externos, como a complexidade e a fugacidade dos fenômenos, nem de incriminar a fragilidade dos sentidos e do espírito humano: é no âmago do próprio ato de conhecer que aparecem, por uma espécie de imperativo funcional, lentidões e conflitos. É aí que mostraremos causas de estagnação e até de regressão, detectaremos causas de inércia às quais daremos o nome de obstáculos epistemológicos<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**, p. 190-191. Trad. livre. No original: “El circuito que describe la producción de un objeto de conocimiento va, por tanto, desde un sistema complejo de pensamiento en dirección a la experiencia directa. Los actos de producción del conocimiento, de esta manera, implican el enfrentamiento dialéctico con la historia del pensamiento científico. Es posible avanzar con el conocimiento científico justamente por que el considera el conocimiento acumulado. La lectura de lo real está siempre orientada por lo que de la realidad nos dicen o predicen las teorías que de ella se tienen en el momento. Este conocimiento acumulado se manifiesta siempre a través de una red compleja de insuficiencias y obstáculos metodológicos”.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 57: “Por esse princípio, só é científico o que puder ser verificado, e só há duas possibilidades dessa verificação: pela comprovação empírica – o que pressupõe a identificação do objeto como algo real – ou pela demonstração analítica, em relação aos objetos ideais, isto é, aqueles que são produzidos pelas abstrações, cuja ‘existência’ se esgota no ato de pensá-los”.

<sup>26</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 61.

<sup>27</sup> BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**, p. 18.

<sup>28</sup> BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**, p. 17.



Segundo COELHO, a noção de *obstáculo epistemológico* implica um *corte* para com o saber acumulado, renovando perspectivas e evidenciando que “nas ciências sociais, a neutralidade ideológica é uma impossibilidade epistêmica, pois o sujeito não é mero observador que descreve um objeto que se situa fora dele, mas um partícipe do social, enquanto o reconstrói como ordem real e conceitual”.<sup>29</sup> Trata-se de se rejeitar em definitivo o referido princípio da verificação, em prol da compreensão de que *o real é impossível* e assim *todo objeto teórico é também ideológico*.<sup>30</sup>

A expressão serve, enfim, para nomear “o conjunto de crenças (populares, filosóficas, científicas etc.) que bloqueiam o caminho do saber, obstando à exploração de novos conhecimentos científicos”.<sup>31</sup> Nesse sentido, acrescenta MIAILLE:

Não se trata de modo nenhum de um obstáculo visível e consciente: bem pelo contrário, funciona a maior parte das vezes sem que os próprios investigadores tenham consciência dele. (...). Com efeito, não se trata de modo nenhum de umas quantas dificuldades de ordem psicológica, mas sim de obstáculos objectivos, reais, ligados às condições históricas nas quais a investigação científica se efectua.<sup>32</sup>

O direito deve estar *inserido na práxis*, para além tanto do empirismo<sup>33</sup> que o quis apenas como experiência, como também do racionalismo e sua crença absoluta na razão. A *crítica*, em toda sua amplitude<sup>34</sup>, virá da união dialética entre teoria e experiência e da assunção de uma inafastável dimensão política.

<sup>29</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 63.

<sup>30</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 66.

<sup>31</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 394.

<sup>32</sup> MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 37.

<sup>33</sup> Quando voltados ao conhecimento *jurídico* como um todo, WARAT e MIAILLE desde logo identificam o *empirismo* como um dos principais obstáculos epistemológicos a uma compreensão mais adequada do fenômeno jurídico. Por exemplo, WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**, p. 192: O sentido empirista de epistemologia é que “a ciência se realiza traduzindo a uma linguagem rigorosa o conhecimento pré-científico. Essa tradução exige um controle que garante seu rigor, que nos leva a crer no efeito de objetividade” (Trad. livre. No original: “*la ciencia se realiza traduciendo a un lenguaje riguroso el conocimiento precientífico. Esa traducción exige un control que garantiza su rigor, que nos cree el efecto de objetividad*”), predominando no pensamento jurídico e constituindo o que MIAILLE denominou como a *falsa transparência* do direito. Neste sentido, MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 42: “Se é evidente que o conhecimento do direito não pode ser feito a partir de uma teologia ou de uma metafísica, é não menos evidente que não poderia privar-se da colocação de um conjunto de conceitos teóricos como condição prévia a qualquer observação. Deixar acreditar que basta abrir os olhos e observar bem é um erro epistemológico. É antes um obstáculo de que nos devemos defender; (...)”.

<sup>34</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 13: “sem que deva necessariamente reduzir-se à crítica marxista, o direito deve ser operado como o *locus* de refúgio das reivindicações sociais, o lugar da consolidação das conquistas dos fracos, oprimidos socialmente e excluídos de todo tipo. Trata-se, enfim, de recuperar o *jus* como o universo da libertação”.

O que se denomina *conhecimento crítico do direito*, portanto, é um conjunto de idéias distante de constituir uma voz em uníssono, sendo, em contrário, composto de categorias e marcos conceituais diversos.<sup>35</sup> Não obstante tal heterogeneidade, a *crítica do direito* é vista como um *deslocamento epistêmico* “a partir do reconhecimento dos limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial”<sup>36</sup>:

(...) designarei por positivista um pensamento que se limite a descrever o que é visível, a mostrar que uma dada coisa que existe se apresenta desta ou daquela maneira, com estas ou aquelas características. A abundância dos detalhes que eu poderei produzir sobre esta realidade, tal como ela se me apresenta, poderá dar-me dela um certo conhecimento. E, no entanto, esse conhecimento será de algum modo unilateral, porque ficará limitado à própria imagem do que vejo. Completamente diferente é, face ao mesmo objecto, o pensamento dialéctico ou crítico: este encara-o não só no seu estado actual, mas na totalidade da sua existência, quer dizer, tanto naquilo que o produziu como no seu futuro.<sup>37</sup>

Segundo COELHO, uma teoria crítica do direito há de ter por projeto “pensar o direito em função da dialeticidade do social, mas envolvendo um compromisso ético e político muito mais profundo do que o simples acatamento às leis e às instituições que através dela se consolidaram”.<sup>38</sup> Como referido, trata-se de um *deslocamento epistemológico* voltado à valorização da dimensão *política* do saber:

É importante ressaltar que o deslocamento epistemológico não deve ser realizado nem pela supremacia da razão sobre a experiência, tampouco da experiência sobre a razão, mas sim, pelo primado da política sobre ambas. Portanto, a análise das verdades jurídicas exige a explicitação das relações de força que formam domínios de conhecimento e sujeitos como efeitos do poder e do próprio conhecimento.<sup>39</sup>

Por *dimensão política* se entende a introdução da temática das *relações de poder* na explicação das relações sociais, substituindo-se a priorização com os *conceitos* por aquela referente ao *sistema de significações*.<sup>40</sup> É que a epistemologia tradicional toma o sistema social enquanto *dado objetivo*, distinguindo a *doxa* como o conhecimento comum, e a *episteme* como o conhecimento científico purificado das ideologias e valores. No entanto, a práxis jurídica se apropria desta concepção sem que os fatores “rejeitados” deixem de se manifestar, produzindo-se, por isso, uma “significação extra-conceitual no interior de um

<sup>35</sup> WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**, p. 27.

<sup>36</sup> WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**, p. 27-28.

<sup>37</sup> MAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, p. 22.

<sup>38</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 10.

<sup>39</sup> WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**, p. 28.

<sup>40</sup> *Idem*.

sistema de conceitos, uma ideologia no interior da Ciência, uma *doxa* no interior da episteme”.<sup>41</sup>

Desvelar a ideologia que habita o interior da *episteme* é o que pretende todo *pensamento crítico*, suscitando o que não é visível para explicar o visível, recusando-se, enfim, “a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível”.<sup>42</sup>

É evidente que há muitas dimensões dentro das quais se pode construir um *conhecimento crítico*, capazes de nortear diversos recortes de um mesmo tema. Aqui, opera-se pelo *referencial epistemológico* a fim de se utilizar o conceito de obstáculo epistemológico como uma *chave de leitura* da questão da custódia cautelar.

Há uma questão de base, porém, que precede a abordagem de qualquer tema, mormente se tratando de *conhecimento jurídico*: a filiação do pensamento dominante a um paradigma filosófico centrado no *sujeito*, a chamada *filosofia da consciência*, sem considerar sua superação pela *filosofia da linguagem* e seu *giro lingüístico* que transformaram profundamente as *relações* entre sujeitos, entre sujeito e objeto e o lugar da linguagem como condição para todo pensar. Sobre o tema, pretende-se dar *linhas gerais* a fim de que a ele sempre se retorne, com o desenvolvimento do trabalho.

### § 3º O obstáculo da linguagem

A questão da *linguagem* e sua filosofia constituem tema da mais alta relevância<sup>43</sup>, perpassando todas as áreas do saber de forma a se poderem dizer, hodiernamente, absolutamente indispensáveis. Não se tem, aqui, a pretensão em se aprofundar sob qualquer aspecto, mas tão-somente traçar um *panorama* a fim de se poder abordar o próprio conceito de *processo* como *fenômeno lingüístico* e que deverá permanecer, como inafastável pano de fundo, no momento de se abordar a *estrutura* e a *função* da legitimação da prisão como medida cautelar no processo penal.

Na filosofia *da consciência*, a razão é centrada no sujeito, capaz de conhecer e dominar os objetos, adequando-se à *modernidade* e sua base *antropocêntrica*. O

<sup>41</sup> WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito*, p. 30.

<sup>42</sup> MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*, p. 22.

<sup>43</sup> Não obstante a imensa complexidade do tema, para uma síntese concisa e qualificada v. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 708-719 (verbete *Linguagem*).

pensamento jurídico moderno é todo construído sob esta égide, como “consequência de considerar *a linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto*”<sup>44</sup>:

Predominantemente, ainda vigora na dogmática jurídica o paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, no qual um sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo este ‘objetivável e descritível’, a partir de seu *cogito*. Acredita-se, pois, na possibilidade da existência de um sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação.<sup>45</sup>

Com seu esgotamento, entretanto, muda-se a própria forma de se ver o mundo, substituindo-se as relações “sujeito-objeto” pelas da “linguagem-mundo”, e passando a *razão* a ser uma noção histórica, finita, temporal, compreendida apenas e pela linguagem:

Nos limites dessa demarcação, é importante frisar que esse *giro* da filosofia não significa a inclusão da linguagem na condição de mais um tema relevante para a reflexão filosófica. Trata-se de um *giro* da própria filosofia, uma *virada* no modo de se entender a filosofia. Nesse novo paradigma, a linguagem passa da condição de objeto da reflexão para a *condição de fundamento* de todo pensar. Filosofar significa filosofar a partir da linguagem.<sup>46</sup>

Concebem-se duas acepções principais do que se denominou *filosofia da linguagem*:

Em sua acepção mais estrita, ela é o resultado de uma investigação filosófica acerca da natureza e do funcionamento da linguagem, sendo por vezes chamada ‘análise da linguagem’. (...). Na segunda e mais ampla acepção, a filosofia da linguagem diz respeito a qualquer abordagem crítica de problemas filosóficos metodologicamente orientada por uma investigação da linguagem, razão pela qual ela é por vezes chamada de ‘crítica da linguagem’.<sup>47</sup>

O paradigma pode ser ainda desdobrado, segundo LUDWIG, “(1º) como *razão comunicativa* (Apel/Habermas); (2º) como *razão sistêmica* (a la Luhmann) e, por fim, (3º) como *razão hermenêutica* (Gadamer)”<sup>48</sup>. Vê-se, enfim, serem inúmeros os autores e as teorias que se desdobram, nesta seara. Para o recorte aqui colocado, importa se levar em conta que *o processo é feito de palavras*<sup>49</sup> e que *as palavras giram*, e para tanto se

<sup>44</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 157.

<sup>45</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 96.

<sup>46</sup> LUDWIG, Celso Luiz. LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**, p. 93.

<sup>47</sup> COSTA, Cláudio. **Filosofia da Linguagem**, p. 7-8.

<sup>48</sup> LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**, p. 93.

<sup>49</sup> Nesse sentido, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. xviii: “O problema é que o Direito (como, afinal, todos os campos, teorias ou ciências) é o reino, por excelência, das *palavras*, das *imagens*. Enfim, *vale o argumento do mais hábil discursivamente* (embora não se tenha mais a *Ágora grega*), pela qualidade ou – o que é pior por prevalecer – pela quantidade”.

destacam as obras de Ludwig WITTGENSTEIN e Ferdinand SAUSSURE. Este, tido como fundador da *lingüística moderna*, clarificou a cisão existente entre signo e significado, levando a se tornar claro, no âmbito do direito, como “as palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas”, pois o “‘elo’ (imanência) que ‘vinculava’ significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia”.<sup>50</sup>

Vide, neste sentido, em suas próprias palavras:

O signo lingüístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica. Esta não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão (*empreinte*) psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho dos nossos sentidos; (...). Propomo-nos a conservar o termo *signo* para designar o total, e a substituir *conceito* e *imagem acústica* respectivamente por *significado* e *significante*; estes dois termos têm a vantagem de assinalar a oposição que os separa, quer entre si, quer do total de que fazem parte.<sup>51</sup>

Ao romper a relação entre *significado* e *significante*, nesse sentido, SAUSSURE identificou ser o signo caracterizado pelos princípios da *arbitrariedade*, no sentido de que o significante é *imotivado* em relação ao significado, não havendo nenhum *laço natural* entre eles constatável<sup>52</sup>; e pela *linearidade do significante*, o que quer dizer que, pelo fato de ser *acústico*, “seus elementos se apresentam um após o outro, formam uma cadeia”.<sup>53</sup>

Segundo WITTGENSTEIN, o *significado* de uma palavra ou frase é aferível pelo seu *uso* e *aplicação* na linguagem:

A palavra não tem significado algum quando nada lhe corresponde – É importante constatar que a palavra ‘significado’ é usada de um modo que vai contra a linguagem quando com ela se designa a coisa que ‘corresponde’ à palavra. (...). O significado de uma palavra é o seu uso na linguagem.<sup>54</sup>

Se o *processo* – e, mormente, o processo penal, em sua busca pela *reconstrução de fatos pretéritos* – é feito *de palavras*, é preciso considerar que ele *não diz sobre a coisa, e sim sobre o que se diz sobre a coisa*<sup>55</sup>, na esteira do que dissera WITTGENSTEIN, no sentido de que *a imagem da representação é a imagem que é descrita quando alguém*

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 96.

<sup>51</sup> SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**, p. 80-81.

<sup>52</sup> SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**, p. 83.

<sup>53</sup> SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**, p. 84.

<sup>54</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**, p. 37-38 (§§ 40 e 43). E ainda, no § 432: “Todo signo, *sozinho*, parece morto. *O que* lhe confere vida? Ele está *vivo* no uso. Ele tem si o hálito da vida? Ou é o *uso* o seu hálito?” (*Idem*, p. 173).

<sup>55</sup> São palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho registradas nas aulas junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, durante o segundo semestre de 2007.

*descreve a sua representação.*<sup>56</sup> Assim, “os limites dos conceitos decorrem das relações derivadas da ação, dos usos, sendo impossível, salvo de maneira *metafísica*, a colmatação de conceitos eternos, acessíveis aos interlocutores”.<sup>57</sup>

O *significado* da norma, nessa esteira, não pode vir de um sentido nela contido *ex ante*, pois cada palavra tem um significado *de base* e outro *contextual*, aferíveis apenas por um processo de interpretação levado a cabo por quem interpreta:

[...] um termo possui dois níveis básicos de significação: o *significado de base* e o *significado contextual*. O primeiro é aquele que reconhecemos no plano teórico quando abstraímos a significação contextual e consideramos o sentido congelado, a partir dos elementos de significação unificados por seus vínculos denotativos. O segundo pode ser entendido como o efeito de sentido derivado dos processos efetivos de comunicação social.<sup>58</sup>

Segundo WARAT, o sentido de uma mensagem “gira em torno do dito e do calado”; e para sua interpretação o significado de base por si só não basta, sendo preciso “um processo de articulação entre os sentidos manifestos e os latentes” de um termo, expressão ou discurso.<sup>59</sup> A *interpretação* é, neste contexto, meio de expressão de conteúdos normativos, sendo que o “conjunto das *disposições* (textos, enunciados) é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O significado (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: *o significado da norma é produzido pelo intérprete*”.<sup>60</sup> E a maior prova de tal afirmação são as decisões *contra legem*, “prova cabal de que o texto e a regra não aprisionam o sentido e, portanto, pode ele não estar *ex ante* ali presente”.<sup>61</sup>

Ora, muitos conceitos e noções em torno à tradicional explicação da tutela cautelar no processo penal são fundados em uma base própria da filosofia da consciência e que tomam o *processo* como uma realidade ontológica, um objeto a ser conhecido e esgotado,

<sup>56</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**, p. 157 (§367).

<sup>57</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal**, p. 163.

<sup>58</sup> WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**, p. 65.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 81.

<sup>61</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. **Diálogos constitucionais**, p. 230: “Ora, como parece elementar, decide-se *contra legem* todos os dias, não raro com ofensa aparente ao princípio da não-contradição, que só não é porque, no caso, cria-se – literalmente – a norma *contra* a regra da lei, sem que com isso aquela reste derrogada. Fez isso o e. STF, por exemplo, contra o art. 262 do CPP, admitindo que ao réu menor não fosse dado curador quando o texto era expresso em contrário. No caso, a norma criada pelo e. STF não excluía o texto e a regra do precitado artigo, mas prevalecia sobre eles, embora ambos tenham lá permanecido até o advento do Código Civil de 2002, por razão que é despidendo discutir”.

capaz de revelar a verdade. Busca-se estabelecer, com *palavras*, e *sem sucesso*, limites necessários à própria legitimidade da custódia cautelar, a fim de evitar sua utilização abusiva. Entretanto:

As regras (como critérios de valor), da sua parte, porque expressas nos textos, detêm a chave para uma tentativa de – seriamente – estabelecer-se alguns parâmetros que se tanto almeja. A eles não se chega, contudo, enquanto a dogmática não encontre um mínimo de paz, agora expresso em uma uniformidade possível das palavras, em definitivo algo que não é simples.<sup>62</sup>

É que palavras sempre *giram*<sup>63</sup>, entre seus significantes e significados, e o sentido das normas vem contornado e produzido pelos intérpretes, de forma a não se conseguir estabelecer limites quando se tratam de relações essencialmente de poder. No contexto atual, em especial, maneja-se a linguagem de tal forma que as palavras da lei *nada seguram*.<sup>64</sup>

Se há, enfim, obstáculos epistemológicos na compreensão do fenômeno jurídico e especialmente do direito processual penal, ignorar a importância do lugar da *linguagem* e das questões a ela referentes se poderiam dizer ser o *obstáculo dos obstáculos*.

#### § 4º Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar

O que se pretende, no presente trabalho, é realizar uma *leitura* da questão da custódia cautelar a partir do conceito de *obstáculos epistemológicos*<sup>65</sup>, emprestados enquanto *chaves interpretativas*. Dividir-se-á a dissertação, neste sentido, em três partes, a fim de se abordar diferentes aspectos da prisão como medida cautelar, do ponto de vista de sua *função*, de forma sempre correlata com um *obstáculo epistemológico* relacionado. Observa-se que os referidos *obstáculos* são premissas teóricas presentes na doutrina e

<sup>62</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Dogmática crítica e limites linguísticos da lei”. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Martônio Mont'Alverne Barreto de Lima. (Org.). **Diálogos constitucionais**, p. 231.

<sup>63</sup> Nesse sentido: ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**, p. 162: “Não tem mais sentido, pois, indagar-se qual o *significado* de uma palavra, já que a resposta estaria assentada na falsidade da premissa, ou seja, na (im)possibilidade de uma resposta definitiva e única. Ela depende dos *jogos da linguagem*, da maneira dinâmica pela qual será empregada na *práxis* da linguagem, não se podendo mais buscar significações cristalinas e ideais”.

<sup>64</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. **Diálogos constitucionais**, p. 229.

<sup>65</sup> Sobre a utilização do conceito no processo penal, v. ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**, p. 75-76; e LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 57.

jurisprudência tradicionais que obstaculizam a crítica não apenas da custódia cautelar, mas de todo o direito processual penal e quiçá do próprio *conhecimento jurídico*.

O primeiro capítulo apresenta a noção de *conflito de interesses como conteúdo do processo*; noção arraigada à filosofia da consciência e fortemente presente na doutrina processual. Abordar-se-á, nesta seção, os necessários aspectos atinentes à *estrutura* da tutela cautelar, tais quais seus princípios informadores, requisitos e fundamentos, no intuito de se traçar um panorama geral da temática e do modo como ela vem predominantemente fundamentada.

No segundo capítulo, inicia-se a abordagem da custódia cautelar desde o ponto de vista de seus *fundamentos de existência*, ou seja, das hipóteses que a justificariam e legitimariam. Na medida em que se encerra a primeira parte com a explicação da distinção estabelecida entre *uma prisão penal e outra processual*, optou-se por abordar primeiramente aquelas hipóteses que seriam tidas como efetivamente *cautelares*, ou seja – e seguindo a terminologia da legislação brasileira – as finalidades de tutela da “conveniência da instrução criminal” e de garantia da “aplicação da lei penal”. Para tanto, quer-se desvelar o sistema processual brasileiro enquanto estrutura essencialmente inquisitória, sendo o *obstáculo* a crença de que o sistema possa ser misto, em sua essência, do que decorre uma leitura da custódia cautelar afastada *do que ela é em sua essência*: expressão por excelência do acusado como objeto e da regência do princípio inquisitivo na gestão da prova.

Por fim, no terceiro capítulo, que conclui o trabalho e aborda as hipóteses de prisão cautelar para “garantia da ordem pública e econômica”, tem-se por *obstáculo* o estudo do tema sem se considerar o marco da realidade e sem o referencial do discurso crítico criminológico. Por um lado, deixa-se absolutamente de lado a produção teórica deste último acerca da punição na sociedade moderna e do surgimento da prisão como pena e, por outro, também “a prisão como objecto de estudo não contempla a prisão preventiva ou, se o faz, restringe-se a mera referência, não a constituindo como uma realidade que, por si só, justifique o estudo que a prisão, enquanto pena, legitima e exige”.<sup>66</sup> Buscar-se-á argumentar no sentido de ser a própria distinção entre prisão *processual* e *penal* marcada pela mesma base histórica que consagrou a prisão como pena e como pena *ressocializante*.

---

<sup>66</sup> ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual**, p.22-23.



A crise desta *idéia da possibilidade de inclusão de todos* leva, hoje, ao que se chama um *governo administrativo das penalidades*, fundados no *princípio da eficiência* e numa gestão seletiva de grupos tidos como socialmente perigosos. Desta forma, ao lado de uma tendência de *descarcerização* consistente na busca de substituição da prisão por penas alternativas, identifica-se um processo de *re-encarceramento* dentro do qual a prisão cautelar ocupa lugar central; especialmente nas regiões da periferia do capitalismo onde nunca se efetivamente pôs em prática políticas de ressocialização e considerando ser o *socialmente perigoso* uma construção desde logo vinculada aos processos de criminalização da pobreza.

A motivação da abordagem é a constatação de que, mesmo com mudanças significativas na estrutura social e econômica, o discurso acadêmico dominante sobre a custódia cautelar segue sendo, majoritariamente, muito similar àquele de três séculos atrás.<sup>67</sup>

O que se quer, por fim, investigar, e humildemente buscar apontar, ao término do trabalho, *é qual seria o conteúdo desta necessidade*, ou deste *mal necessário*, em que consiste a custódia cautelar. Trata-se de, em outras palavras, buscar desvelar, a exemplo do que faz o discurso criminológico com a pena de prisão, quais seriam as funções *reais* ou *latentes* da prisão cautelar, exercidas à margem das finalidades *oficiais* ou *declaradas* repetidas por doutrina, jurisprudência e legislador.

---

<sup>67</sup> Buscando-se evitar, desde logo, generalizações, vale o registro do excelente trabalho recentemente apresentado: BARLETTA, Junya Rodrigues. **Fundamentos críticos para a deslegitimação da prisão provisória**. Rio de Janeiro: 2007, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Dissertação (Mestrado em Direito).

## **Capítulo Um:**

1. 1. *Conteúdo do Processo*

1.2. *Tutela Cautelar*

1.3. *Prisão como meio de cautela*

### **1.1. CONTEÚDO DO PROCESSO**

**§ 1º Lide, conflito de interesses e processo penal**

**§ 2º Acertamento do caso penal e a busca de um conceito adequado**

#### **§ 1º Lide, conflito de interesses e processo penal**

Constata-se na *teoria geral* da tutela cautelar no processo civil e no processo penal a presença da conhecida concepção que define, como *conteúdo* do processo, a existência de uma *lide* ou *conflito de interesses*; e este é um primeiro *obstáculo epistemológico* a aqui se tratar.

Variaram, no entanto, as formulações sobre a *lide*, sendo necessário se destacar três direções principais: primeiramente a teoria de CARNELUTTI, segundo o qual haveria uma *lide* entre autor do crime e vítima; passando em seguida à formulação de LEONE, com ampla difusão, até hoje, para quem o conflito é *presumido* e se dá entre uma “pretensão punitiva” do Estado e a “pretensão à liberdade” do cidadão. Em terceiro lugar, por fim, tem-se a mudança do pensamento do próprio CARNELUTTI, que passa a visualizar um processo *voluntário*.<sup>68</sup> Mister destacar que tal análise foi feita com profundidade por COUTINHO, em 1989, sendo de sua obra<sup>69</sup> retirado todo o norte para o que se passa sinteticamente a expor.

Segundo CARNELUTTI, visando fundar uma *teoria geral* do processo, o conteúdo do processo, civil e penal, seria a *lide*, sendo definida como *um conflito de interesses*

<sup>68</sup> Nesse sentido, v. CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni di processo civile italiano**. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 24. e CARNELUTTI, Francesco. **Lezione sul processo penale**. 2. ed. Roma: Ateneo, 1949, p. 121-122; referentes, respectivamente, a publicações de 1941 e 1946, marcando a rejeição definitiva do conceito de lide como possível conteúdo do processo penal. Entretanto, a premissa é que a pena seria um *bem* e que teria o Ministério Público o *encargo* da punição, a partir de um *affare* (projeto de condenação) cuja execução dependeria apenas da “autorização” pela sentença.

<sup>69</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

*regulado ou composto pelo direito*<sup>70</sup> e servindo como critério distintivo da existência de *função jurisdicional*.

Entretanto, cada conceito que compunha a definição de *lide* apresentava uma base própria do direito privado: por exemplo, a própria noção de *interesse* remetia desde logo à relação do homem com os *bens*, segundo suas necessidades e carências. A noção de *conflito de interesses*, enquanto aquela situação produzida pela convivência humana, concretizada “quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa”<sup>71</sup>, vem logicamente marcada pela referência a um pano de fundo próprio do direito privado.

De acordo com CALAMANDREI, CARNELUTTI busca no direito medieval o conceito de *lide* e sua utilização como critério de distinção da função jurisdicional:

fica claro como o autor, reduzindo a jurisdição a meras decisões de lides, retornara à velha concepção da doutrina e da prática do processo penal italiano medieval, que não via função jurisdicional senão onde houvesse a definição de controvérsias, e que coerentemente punha na *contenciosidade* o critério distintivo entre a jurisdição verdadeira e própria e a chamada *iurisdictio voluntaria*.<sup>72</sup>

Assim, ter-se-ia uma *pretensão resistida* a compor a *esfera material* da lide, consistente na expressão de uma vontade por uma das partes sem que encontre a aceitação da outra:

A presença da pretensão resistida ou contrastada, como queria CARNELUTTI, faz do conflito de interesses uma lide, lá na esfera material. Os envolvidos, os litigantes, podem compô-la por suas próprias atuações, dando dela cabo. Se isso sucede – e é normal, já não tanto para cada um manter sua paz de espírito no meio social, mas porque é lugar comum a descrença em uma solução rápida das lides nos processos –, tudo se acomoda. No caso contrário, não resta outro caminho ao titular da pretensão que não aquele de dirigir-se à jurisdição, vedada há muito a justiça pelas próprias mãos.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**, v. I, p. 131.

<sup>71</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**, v. I, p. 8; e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 26-27: “os homens, pelo fato óbvio de necessitarem viver em sociedade, mantêm um relacionamento entre si, o qual sempre deve ser visualizado também pelo aspecto do *poder* e, daí em diante, os resultados tendem a uma conotação diversa daquela que os autores normalmente e mecanicamente procuram estabelecer”.

<sup>72</sup> CALAMANDREI, Pietro. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e giurisdizione). **Rivista di diritto processuale civile**, p. 6. Trad. livre. No original: “appare come egli, riducendo la giurisdizione a pura decisione di liti, sia tornato alla vecchia concezione della dottrina e pratica del processo italiano medievale, che non vedeva funzione giurisdizionale se non là dove fosse definizione di controversie, e che coerentemente poneva nella *contenziosità* il criterio distintivo tra la giurisdizione vera e propria e la cosiddetta *iurisdictio voluntaria*”.

<sup>73</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 30-31.

Vê-se que a *pretensão* “é endereçada contra o adversário”, e no caso de não solução do conflito pelas próprias partes é que se vai ao juiz com a *demand*a, requerendo que se dê cumprimento à pretensão. A atuação do poder jurisdicional, no caso concreto, é que vem a ser chamada de *accertamento*, no sentido de que “aplicar obrigatoriamente uma norma (abstrata) a um caso (concreto) significa *integrar ou concretar o comando no caso dado*; tornar concreto o juízo hipotético contido na norma instrumental ou material”.<sup>74</sup>

As críticas a CARNELUTTI e as polêmicas em torno a sua teoria foram muitas, e especialmente quanto à adoção da “existência de lide” como critério para se identificar o exercício da função jurisdicional, o que se afigurou especialmente problemático no processo penal.<sup>75</sup> Para CARNELUTTI, na sua primeira posição, a *lide* neste seria o conflito de interesses entre autor do crime e vítima. Porém, sem conseguir responder às críticas de forma consistente, o próprio autor acabou alterando, posteriormente, seu pensamento.

Na medida em que interessa, aqui, abordar como se formula a noção de *lide penal*, destaca-se a polêmica mais importante neste sentido, que foi aquela com Pietro CALAMANDREI. Para este, considerar a existência de uma lide ou controvérsia como critério indispensável ao exercício de função jurisdicional seria algo *inadequado e incompatível* com o direito processual penal:

O processo penal, de fato, não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado em torno à existência do crime e da medida da pena, de maneira que o processo perca sua razão de ser onde tal desacordo seja amigavelmente resolvido entre os dois ‘litigantes’; mas tem lugar porque, no nosso ordenamento jurídico, a punição do culpado não pode ocorrer senão através de pronunciamento jurisdicional. O processo penal tem, portanto, de qualquer forma (...) aquele mesmo caráter de *necessidade (nulla poena sine iudicio)* (...).<sup>76</sup>

<sup>74</sup>CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**, v. I, p. 133; e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 32: “Uma das opiniões (ou uma terceira), em vista das vontades, deve prevalecer. Em outras palavras: ou as partes se acomodam ou atua a jurisdição para fazer prevalecer uma das vontades, quiçá sustentada em sua própria opinião”.

<sup>75</sup>Sobre as principais polêmicas doutrinárias sobre a matéria, imprescindível v. o tratamento sistemático em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 39 e ss. Para se acessar as críticas na fonte, v. a bibliografia lá apontada, qual seja: CALAMANDREI, Pietro. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. **Rivista di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1928 e: \_\_\_\_\_. Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1966; PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. **Rivista di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1930; e INVREA, Francesco. Il torto e l’azione. **Rivista di diritto commerciale**. Milano: Vallardi, 1930 e: \_\_\_\_\_. La servitù del giudicato. **Rivista di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1930.

<sup>76</sup>CALAMANDREI, Pietro. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e giurisdizione). **Rivista di diritto processuale civile**, Vol. V, p. 16. Trad. livre. No original: “Il processo penale, infatti, non ha lo scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all’esistenza del reato e alla misura della pena, sicchè il processo perda la sua ragion d’essere là dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due ‘litiganti’; ma ha luogo perchè, nel nostro ordinamento giuridico, la

O princípio da *necessidade* do processo legal devido para a aplicação de qualquer pena nas sociedades modernas (*nulla pena sine iudicio*) e a absoluta indispensabilidade da intervenção jurisdicional (“fazer justiça” pelas próprias mãos é crime<sup>77</sup>, no Brasil) caracterizam a impossibilidade de se negar a existência de uma função jurisdicional no processo penal, inclusive quando congruentes as manifestações de vontade entre acusado e vítima ou entre defesa e acusação. Neste sentido:

nega-se que no hodierno Estado de Direito (...) o processo penal possa ser reduzido a mera composição de conflitos, quando se sabe que nesse processo o eventual consenso manifestado pelas partes (ou porque o Ministério Público, convencido da inocência do imputado, pede a absolvição; ou porque o imputado se reconheça culpado e se declare pronto para cumprir a pena) não exonera o juiz de exaurir ao máximo suas dúvidas e de aplicar a lei penal em conformidade ao seu convencimento, que pode ser em sentido contrastante à concordância entre as duas partes.<sup>78</sup>

Portanto, na medida em que as partes, no processo penal, *não dispõem* do conteúdo deste, vê-se que muitas vezes inexistente um efetivo conflito de interesses, levando CALAMANDREI a afirmar que há, na seara penal, um *conflito sempre presumido*, sendo o processo um meio de resolução de conflitos entre interesses *públicos* “que algumas vezes se revela também na lide, mas que nasce sempre, no exterior dela”.<sup>79</sup>

Ao se presumir o conflito, *objetiva-se* seu conteúdo, retirando-o da dimensão disponível à vontade das partes.<sup>80</sup> Foi esta a base sobre a qual LEONE (e depois BELLAVISTA<sup>81</sup>, seu principal adepto) readaptou os conceitos de CARNELUTTI a fim de

---

punizione del colpevole non può avvenire che attraverso la pronuncia giurisdizionale. Il processo penale ha dunque in ogni caso (...) quello stesso carattere di *necessità (nulla poena sine iudicio)* (...)”.

<sup>77</sup> Código Penal brasileiro. Art. 345 – “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite” (*exercício arbitrário das próprias razões*).

<sup>78</sup> CALAMANDREI, Pietro. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e giurisdizione). **Rivista di diritto processuale civile**, p. 17. Trad. livre. No original: “si nega che nell’odierno Stato di diritto (...) il processo penale possa esser ridotto a mera composizione di conflitti, quando è noto che in questo processo l’eventuale consenso manifestato dalle parti (o perchè il Pubblico Ministero, convinto dell’innocenza dell’imputato, ne chieda l’assoluzione; o perchè l’imputato si riconosca colpevole e si dichiari pronto a scontare la pena) non esonera il giudice dall’esaurire fino in fondo le sue indagini e dall’applicare la legge penale in conformità del suo convincimento, che può voler dire anche in contrasto colla richiesta delle due parti concordi”.

<sup>79</sup> CALAMANDREI, Pietro. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e giurisdizione). **Rivista di diritto processuale civile**, p. 19. Trad. livre. No original: “che talvolta si rivela anche nella lite, ma che nasce sempre, al di fuori di essa”.

<sup>80</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 91: “Com efeito, embora extremamente atraente a teoria, não se pode esquecer que, ainda quando um caso concreto tenha sido submetido à apreciação jurisdicional, em determinadas circunstâncias as partes podem dispor do mesmo, bloqueando a atuação do órgão. E tanto isso pode suceder no processo civil como no processo penal, em sistemas como o nosso, onde aparece um processo decorrente de uma ação penal de iniciativa privada”.

<sup>81</sup> Cf. BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**. V. I. Milano: Giuffrè, 1952.

definir a *lide penal*, como “uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre Ministério Público e imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou mesmo dela se afastar”.<sup>82</sup>

A *presunção* e *objetivação* do conflito de interesses, entendendo-o como um *conflito imanente*, são elementos nitidamente presentes na oposição entre uma *pretensão punitiva* do Estado e o *direito à liberdade* de cada indivíduo. À parte esta situação imanente de conflito, ter-se-ia também uma situação *contingente*, referente à postura do Ministério Público e do acusado, que poderia se afastar ou se aproximar da primeira. Segundo COUTINHO, entretanto:

A tese de LEONE, não bastasse ter conseguido (às custas de uma premissa muito discutível, é verdade) uma coerência pouco vista anteriormente, na construção de um processo penal científico, seduz, à primeira vista, não só por manter uma considerável distância do direito processual civil, reservando particularidades do direito processual penal, como igualmente por não penetrar em pontos comuns a um ponto capaz de imolar seus dogmas. (...). Para espantar o perigo, nada mais simples que estabelecer uma *lide penal* intocável e garantir (...) o processo penal como contencioso.<sup>83</sup>

BELLAVISTA também afirma ser o conteúdo do processo *indisponível*<sup>84</sup>, ficando claro quais são os *dois principais fundamentos* da teoria: a *presumibilidade* do conflito e a suposta *indisponibilidade* do objeto do processo. Entretanto, não servem porque a radicalização da defesa da *indisponibilidade* levaria a uma consagração do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, o que não corresponde à realidade.<sup>85</sup> Em síntese:

De qualquer forma, o pensamento de LEONE sobre a indisponibilidade é sofismático e, no fundo, não consegue superar a presumibilidade quando fundamenta o conflito imanente de interesses. Afinal, não seria o fato de o sistema negar qualquer importância à manifestação das vontades das partes que faria nascer o conflito. (...). Destarte, oculto por detrás de uma moldura rígida, na aparência inexpugnável, está a construção assentada num conflito de interesses presumido, fabricado, vazio. (...). Com efeito, a indisponibilidade não é um argumento capaz de embasar como imprescindível uma teoria. O direito processual penal italiano dá mostras disso, quando o *art. 206, secondo comma*, do *Codice di Procedura Penale*, autoriza o Ministério Público de grau superior a renunciar o recurso interposto em grau inferior. (...). Ora, se assim o é, ou a teoria é imprestável ou

<sup>82</sup> LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**, p. 33. Tradução livre. No original: “una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) del imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto”.

<sup>83</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 93-94.

<sup>84</sup> BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**, p. 13 e ss.

<sup>85</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 96.

quando dos recursos tem-se um novo processo, onde o conteúdo é diverso daquele discutido no primeiro grau, algo inconcebível, pois, nos recursos, porta-se necessariamente o conteúdo (numa extensão do processo), que pode até ser limitado, mas jamais inovado.<sup>86</sup>

Em suma, as críticas apontam que o referido “conflito de interesses” *não pode ser presumido*, por ser ilegítimo tomar como realidade algo absolutamente inexistente, *tampouco tido como indisponível*, na medida em que há diversos indicativos e situações em que se verifica a *disponibilidade* do conteúdo do processo por parte da acusação. Não obstante seus fundamentos falhos, a noção de *lide penal* teve e tem ampla recepção, mormente no Brasil<sup>87</sup>, vindo a repercutir decisivamente no estudo da tutela cautelar.

## § 2º Acertamento do caso penal e a busca de um conceito adequado

A noção de *lide* foi a *semente* da tentativa de se construir uma *teoria geral do processo*, algo desde logo tido como problemático e, no mínimo, inviável tecnicamente:

A idéia, endossada decisivamente por CARNELUTTI, representa, quiçá, o que de pior aconteceu ao direito processual penal em todos os tempos, não só porque a base era imprestável – a noção de *lide* –, mas principalmente pelo fato do processo penal passar a ser raciocinado, sem barreiras, com olhos amalgamados a uma visão epistêmica de natureza patrimonial, mercantil, enfim, civilista.<sup>88</sup>

É útil apenas o estudo comparativo entre direito processual penal e processual civil, sem perder de vista a ciência de serem disciplinas distintas e autônomas. Afinal, “enquanto a relação de direito privado não postula necessariamente uma decisão judiciária para a sua realização concreta (...), a submissão de um criminoso a reacções criminais só pode dar-se, dentro do Estado, pela via de um processo e da conseqüente decisão judiciária”.<sup>89</sup> Neste sentido, ainda, DIAS:

O tempo das grandes teorias gerais parece ser, para o pensamento jurídico, um tempo definitivamente passado, por nelas estar latente o perigo de quebrarem a relação, que cada vez se quer mais próxima e estreita, da ordem jurídica com a vida e a realidade social que aquela procura servir. No que toca ao processo, os resultados de uma teoria geral em nada conseguiram esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 96-97.

<sup>87</sup> Por todos, v. MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.1, p. 25.

<sup>88</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 22. Neste ponto, v. também: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 67.

<sup>89</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, p. 56.

<sup>90</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, p. 54.

Após a releitura e constatação de que a noção de lide não serve ao processo penal, conclui-se que por conteúdo do processo haverá que se entender como o *acertamento do caso penal*.<sup>91</sup> Falar sobre o assunto implica tratar da própria concepção e conceito de *processo*, aqui consideradas as possíveis abordagens conforme a base filosófica de que se parta.

Define-se o *direito processual penal*, a princípio, como a “*ciência que estuda, sistematicamente, o conjunto de princípios e normas referidos à atividade judicial que se cumpre através do processo, dirigida fundamentalmente à efetiva realização jurisdiccional da ordem jurídico-penal*”.<sup>92</sup> No mesmo sentido:

o processo é o fenômeno jurídico mediante o qual sujeitos para tanto habilitados determinam a aplicação do Direito substantivo em situações concretas nas quais tal normatividade se postulou controversa ou não observada, recorrendo a procedimentos de comprovação e alegação com vistas à decisão que, de modo vinculante, ditará o órgão jurisdiccional.<sup>93</sup>

O conceito tem um indiscutível valor explicativo no que tange à *instrumentalidade* do processo e da indefectibilidade da jurisdição, em relação à pena<sup>94</sup>, e também em relação à força vinculativa da decisão. Na esteira da promessa do Estado de Direito em racionalizar e limitar o poder político centralizado, opta-se por um sistema de *reação mediata*<sup>95</sup> frente o cometimento de delitos. Não se aplica qualquer pena sem que tenha havido, antes, um

<sup>91</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 149.

<sup>92</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**, p. 37. Trad. livre. No original: “*ciencia que estudia, sistemáticamente, el conjunto de principios y normas referidos a la actividad judicial que se cumple a través del proceso, dirigida fundamentalmente a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal*”.

<sup>93</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.II, p. 15. Trad. Livre. No original: “el proceso es el fenómeno jurídico mediante el cual, sujetos habilitados para ello, determinan la aplicación del Derecho sustantivo en situaciones concretas en las cuales tal normatividad se ha postulado controvertida o inobservada, recurriendo a procedimientos de acreditación y alegación con miras a la decisión que, de modo vinculante, dictará el órgano jurisdiccional”.

<sup>94</sup> Contrário à noção de instrumentalidade do processo, v. FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del Diritto Processuale Penale**, t.I, p. 399-400: “Basta refletir que o processo não é nada mais, de fato, que a expressão mais saliente do próprio viver do direito, no que tange ao direito penal o processo é sua expressão necessária, para compreender que não pode a vida ser instrumento da matéria, pois a vida não passa da própria matéria em sua manifestação vital. Que o processo também seja vida do direito, significa que o processo é o próprio direito em seu viver e portanto não pode ser considerado instrumento porque seria instrumento de si mesmo”. Trad. livre. No original: “Basta riflettere che il processo non è che la espressione più saliente del vivere stesso del diritto, anzi, per quel che riguarda il diritto penale il processo ne è espressione necessaria, per comprendere che non può la vita essere strumento della materia, perchè la vita non è che la stessa materia nella sua manifestazione vitale. Che il processo sia vita del diritto significa che il processo è lo stesso diritto nel suo vivere e quindi non può essere considerato strumento perchè sarebbe strumento di sè stesso”.

<sup>95</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.I, p. 87.



processo devido que assim indique (*nulla poena sine iudicio*)<sup>96</sup>, mantendo o processo com o direito penal uma *relação mútua de complementaridade funcional*.<sup>97</sup>

O sentido de *acertamento* aqui colocado remete à concepção *objetivista* da jurisdição<sup>98</sup>, a qual deixa de lado a composição de um conflito de interesses para *atuar a lei no caso concreto, com força vinculativa*; ou seja, verificar, mediante uma *operação reflexiva*, se há, na situação concreta, o *dever de punir*<sup>99</sup>. É o que pensa DIAS, para quem “o processo penal (...) *visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito do caso concreto*, hic et nunc válido e aplicável”<sup>100</sup>; e no mesmo sentido CORDERO:

A singularidade do fenómeno penal está no modo no qual o órgão verifica os deveres impostos pela norma: pode-se dar que as operações mentais se assemelhem às aquelas das quais nascem os atos administrativos, mas forma e efeitos divergem; o ato final ‘ius dicit’ e, ‘passando em julgado’, constituem qualidades imutáveis (...). Os atos destinados ao acertamento penal exibem aspectos ritualísticos às vezes remissivos das primitivas inflexões místicas: persistem formas, sóbrias ou luxuosas; não o chamaríamos ‘processo’ se todo gesto fosse improvisado.<sup>101</sup>

Vale destacar, primeiramente, que aqui é a força *vinculante* e formadora de *coisa julgada* o efeito característico da função jurisdicional<sup>102</sup>, e não a composição da lide, como

<sup>96</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**, p. 85.

<sup>97</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, p. 28.

<sup>98</sup> Por todos, neste sentido, v. CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, v. II, p. 1: “Pode-se definir a jurisdição como a *função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei mediante a substituição da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos pela atividade dos órgãos públicos, seja no afirmar a existência da vontade da lei, seja no ato de mandá-la ulteriormente a efeito*”. Trad. livre. No original: “La giurisdizione si può definire la *funzione dello Stato che ha per iscopo l’attuazione della volontà concreta della legge mediante la sostituzione dell’attività di organi pubblici alla attività di privati o di altri organi pubblici, sia nell’affermare l’esistenza della volontà della legge sia nel mandarla ulteriormente ad effetto*”.

<sup>99</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 14. A jurisdição é também, neste sentido, *garantia* do cidadão, cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, v. II, p. 5: “Dessa forma a jurisdição se apresenta aos cidadãos como a melhor garantia da observância da lei, subtraída das mutáveis correntes da administração e da política”. Trad. livre. No original: “A questo modo la giurisdizione si offre ai cittadini come la migliore garanzia della osservanza della legge, sottratta alle mutevoli correnti della amministrazione e della politica”.

<sup>100</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, p. 46.

<sup>101</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**, p. 30. Trad. livre. No original: “La singolarità del fenomeno penale sta nel modo in cui l’organo verifica i doveri imposti dalle norme: può darsi che le operazioni mentali somiglino a quelle da cui nascono gli atti amministrativi, ma forme ed effetti differiscono; l’atto finale ‘ius dicit’ e, ‘passando in giudicato’, costituisce qualifiche immutabili (...). Gli atti intesi all’accertamento penale esibiscono aspetti rituali talvolta remissivi delle primitive inflessioni mistiche: persistono forme, sobrie o lussuose; non lo chiameremmo ‘processo’ se ogni gesto vi fosse improvvisato”.

<sup>102</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, v. II, p. 7: “a atividade administrativa e a atividade jurisdicional têm *efeitos* diversos (pensa-se na coisa julgada, que é efeito característico e exclusivo da decisão jurisdicional (...))”. Trad. livre. No original: “l’attività amministrativa e l’attività giurisdizionale hanno *effetti* diversi (si pensi alla cosa giudicata, che è effetto caratteristico ed esclusivo della decisione giurisdizionale) (...)”.

outrora falara CARNELUTTI; em segundo lugar, que o termo utilizado é *poder-dever*<sup>103</sup>, e não *direito de punir*<sup>104</sup> ou *pretensão punitiva*<sup>105</sup>; e enfim, que o conceito de *caso penal* vem definido a fim de definir “uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal”.<sup>106</sup>

LOPES JR, por outro lado, considera irrelevante discutir a existência da lide no processo penal por ser ela manifestamente inexistente, preferindo reformular o conceito de *pretensão* a fim de apresentá-lo na forma de uma *pretensão acusatória*:

Não se trata de uma pretensão que nasce de um conflito de interesses, mas sim do direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente do ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder de penar (Estado-juiz), tudo isso em decorrência do princípio da necessidade inerente à falta de realidade concreta do Direito Penal. (...). Não é o ‘caso penal’ o conteúdo do processo, pois ele, sozinho, não é capaz de fazer nascer ou se desenvolver o processo. (...) ele é conteúdo, mas da pretensão acusatória. Mas, sublinhe-se, não somos contrários aos que definem o caso penal como conteúdo do processo, senão que pensamos ser ele insuficiente para, por si só, justificar a complexa fenomenologia do processo.<sup>107</sup>

Segundo o autor, nesta linha, é preciso diferenciar *continente (processo)*, do *conteúdo*, como sendo a *pretensão acusatória*; sendo que esta, por sua vez, assumiria a função de *continente* em relação ao *seu conteúdo*, o *caso penal*.<sup>108</sup>

Entretanto, a posição não parece correta por conta da imprestabilidade da noção de *pretensão* que, afinal, pode faltar sem que isto obste o seguimento do processo: é o que se nota da polêmica entre CARNELUTTI e INVREA, autor que “teria demonstrado que no processo penal a condenação pode surgir ainda quando a parte nem antes e nem durante o processo tenha manifestado qualquer pretensão”.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 7.

<sup>104</sup> Para uma consistente crítica do conceito de *direito de punir* enquanto direito subjetivo estatal, v. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 106-110.

<sup>105</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.I, p. 309: fala em *pretensão punitiva* por parte do Estado, consistente na realização, no caso concreto, da faculdade genérica e abstrata de punir conforme previsto em lei.

<sup>106</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 135.

<sup>107</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 86.

<sup>108</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 87: “Assim, pensamos que nossa posição pode coexistir com aquela defendida por JACINTO COUTINHO no *capo lavoro* ‘A Lide e o Conteúdo do Processo Penal’, desde que compreendidas essas distintas dimensões do recorte.”

<sup>109</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 74. Sobre a polêmica com Francesco Invrea, v. seus textos: INVREA, Francesco. La servitù del giucato. **Rivista di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1930; \_\_\_\_\_. La sentenza e le azioni nel processo penale. **Rivista penale**. Roma: Libreria del Littorio, 1931; \_\_\_\_\_. La nozione del torto. **Rivista di diritto commerciale**. Milano: Vallardi, 1929; \_\_\_\_\_. Il torto e l’azione. **Rivista di diritto commerciale**. Milano: Vallardi, 1930. e

Daí e desde CALAMANDREI que se pode entender por acerto a *remoção do estado de incerteza*<sup>110</sup> e, sendo assim, *acertar um caso penal é verificar se uma pessoa deve ou não ser punida* sem que seja preciso falar em um lide, mas tão-somente em um juízo sobre um caso concreto. Este consiste, em última análise, nesta situação pretérita sobre a qual se quer apurar *o que aconteceu e se existe ou não o dever de punir* por parte do Estado.

Sendo assim, não se pode apreender o processo como *coisa em si*, pois é preciso se aproximar de uma compreensão deste como se dando apenas e tão-somente pela *linguagem*:

Que o universo jurídico é fenômeno lingüístico, vemos no processo. Eis uma audiência sobriamente conduzida: lida a acusação, o presidente a declara aberta, interroga o acusado, escuta os testemunhos; depois convida à discussão ministério público e defensor, que disputam; ao diálogo secreto na sala de sessões, segue uma leitura pública do dispositivo. Vários idiomas: imputado e testemunhas usam aquele ‘natural’; vêm do mesmo modelo as perguntas a eles realizadas; acusação e dispositivo repetem os estereótipos; entre ministério público e defesa, o mais culto, inspirado e dialeticamente ágil, diz as coisas menos banais, suscitando admiração no público da fera togada.<sup>111</sup>

O que se quer dizer é que adotar uma concepção *ontológica* de processo, como se ele fosse *um objeto* ou *coisa* existentes *em si mesmos*, significa operar no marco da filosofia da consciência; e uma vez consciente das transformações epistemológicas decorrentes do giro lingüístico e da filosofia da linguagem em suas múltiplas acepções e conseqüências, não se poderá conceber o fenômeno processual como a necessária *tentativa de reconstrução, pela linguagem, de uma situação pretérita, tendo em vista acertar se há ou não o dever de punir naquele caso concreto*. Se o direito é um *objeto cultural*<sup>112</sup>, também o

---

também: CARNELUTTI, Francesco. Ancora sulla lite nel processo penale. **Rivista di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1928.

<sup>110</sup> CALAMANDREI, Pietro. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e giurisdizione). **Rivista di diritto processuale civile**, Vol. V, p. 20.

<sup>111</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 11. Trad. livre. No original: “Che l’universo giuridico sia fenomeno lingüístico, lo vediamo nel processo. Ecco un dibattito sobriamente condotto: letta l’accusa, il presidente lo dichiara aperto, interroga l’imputato, escute dei testimoni; poi invita alla discussione pubblico ministero e difensore, i quali disputano; al dialogo segreto in câmera di consiglio segue una lettura pubblica del dispositivo. Vari idiomi: imputato e testimoni ne usano uno ‘naturale’; vengono dallo stesso modello le domande ad essi rivolte; accusa e dispositivo ripetono degli stereotipi; fra pubblico ministero e difensore, il più colto, ispirato, dialetticamente agile, dice le cose meno banali, suscitando qualche meraviglia nel pubblico della fiera in toga”.

<sup>112</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**, p. 226: “Foi-se o tempo, portanto, em que se pretendeu fazer do Direito um lugar-laboratório, no qual a dogmática, pelos devaneios lingüísticos, nada importava. (...). Afinal, as dificuldades sociais não mais permitem um Direito meramente descritivo, ainda que o espaço de manipulação retórica do discurso democrático fosse – e siga sendo – imenso”; também: MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**, p. 259: “O Direito é,

*processo penal* é acima de tudo *mediação*, feita através do conjunto probatório coligido, na busca em *acertar* se é ou não o caso de se impor uma sanção a determinado indivíduo.

ROSA, neste sentido, apresenta a tese da *decisão penal* como sendo uma *bricolagem de significantes*. Nesta, o juiz *bricoler* se deixa guiar pelo “recolhimento de *todos* os significantes produzidos pelas partes, alinhando-os somente ao final, no *ato decisório*, momento em que há interseção com sua *singularidade* e os respectivos condicionantes (*inconscientes, ideológicos, midiáticos, criminológicos, éticos, dentre outros*)”.<sup>113</sup>

Observa-se, por fim, que quando se fala em *objetivar* o conteúdo do processo se está a afastar a noção de *lide*, porém jamais a ocultar a preponderância da relação entre subjetividade do intérprete e jurisdição, tratando-se, portanto, de concepções e planos de argumentação distintos.<sup>114</sup>

A sutileza com que deslizam as palavras e se as direcionam é descoberta que se insere neste âmbito, desdobrando-se, da percepção do processo como fenômeno de linguagem, múltiplas novas possibilidades de interpretação e hermenêutica. Não se acredita mais na existência de qualquer sentido contido *ex ante* no texto, ou seja, na identidade entre *texto e norma*<sup>115</sup>, tal qual se defendia nas antigas escolas de interpretação.<sup>116</sup> Nas palavras

---

como matéria de estudo, um objeto cultural. Cria-o o homem na medida em que estabelece formas de convivência (de organização política) comunitárias e, portanto, o conteúdo (político) de suas regras é contingente, como são também as formas de organização social que se sucedem em busca de uma convivência pacífica mais perfeita”. Trad. livre. No original: “El Derecho es, como materia de estudio, un objeto cultural. Lo crea el hombre a medida que establece formas de convivência (de organización política) comunitarias y, por ello, el contenido (político) de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden en busca de una convivencia pacífica más perfecta”.

<sup>113</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal**, p. 365. O autor busca em LÉVI-STRAUSS o conceito de *bricolagem*, enquanto execução de um trabalho sem um plano previamente definido.

<sup>114</sup> Nesse sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 135: “A subjetividade, destarte, deve tomar nova dimensão. Deve ser considerada, quando necessário, no espaço de disposição que as partes mantêm sobre o caso penal, chegando ao ponto de impor um verdadeiro obstáculo à jurisdição em seu escopo derradeiro”.

<sup>115</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 17.

<sup>116</sup> *Idem*: “Ninguém, com os olhos abertos, crê mais na identidade entre texto e norma, ilusoriamente alegada pelos iluministas devotos à ‘Lei’ e relativa mitologia, ou nas garrafinhas vendidas pela Escola da Exegese sob a hermenêutica-ciência exata”. Trad. livre. No original: “Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all’identità testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti alla ‘Loi’ e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dall’Ecole de l’exégese sull’ermeneutica-scienza esatta”.

de CORDERO, o texto resta como mero *fato gráfico*, as normas como *produtos mentais* e o atuar jurídico como quase que tão-somente *retórica*.<sup>117</sup>

É a partir desta base que se volta o olhar para *qual instrumentalidade* dirá o respectivo *modelo* de processo adotado. Não se questiona o aspecto referente à necessidade do processo para aplicação da pena; mas para além deste indiscutível caráter instrumental há uma dimensão na qual se fazem opções *políticas* e que variarão conforme o contexto político de cada nação e o respectivo período histórico. Para MANZINI, por exemplo, teórico de ponta do fascismo italiano da primeira metade do século XX, o processo penal seria instrumento *de defesa social*, com a finalidade *prática* de servir, ao mesmo tempo, “*como meio de tutela do interesse social de repressão da delinquência e como meio de tutela do interesse individual e social de liberdade*”, prevalecendo a primeira sobre esta última.<sup>118</sup> Explica, em postura de ruptura com o ideário da Revolução Francesa, que “o interesse relativo à liberdade individual representa no processo penal uma parte sem dúvida essencial, mas não a mais característica nem sequer a prevalente. Uma garantia não pode se pôr no mesmo plano que a função que protege. É condição, não causa, da atividade de que se trata”.<sup>119</sup>

Não se pode aceitar uma posição como esta, porque assim se estaria a ignorar conquistas civilizatórias em prol de uma opção política profundamente autoritária e antidemocrática. O que aqui se defende, por outro lado, é uma *instrumentalidade garantista*, no sentido de servir o processo como *garantia dos direitos e liberdades individuais*:

Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc. (...). O objeto primordial da tutela não será somente a salvaguarda dos interesses da coletividade, mas também a tutela da

---

<sup>117</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 18-19. Sobre o tema, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**, p. 229.

<sup>118</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 251. Trad. livre. No original: “*como medio de tutela del interés social de represión de la delincuencia, y como medio de tutela del interés individual y social de libertad*”.

<sup>119</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 252-253. Trad. livre. No original: “el interés relativo a la libertad individual representa en el proceso penal una parte sin duda esencial, pero no la más característica ni siquiera la prevalente. Una garantía no puede ponerse en el mismo plano que la función que protege. Es condición, no causa, de la actividad de que se trata”.

liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetiva parte do processo.<sup>120</sup>

O *garantismo* é um modelo processual *ideal* pautado pela *crença* na *limitação do poder punitivo pelo rigor da linguagem*, defendendo, assim, a garantia do cidadão através de duas principais matrizes: o que se chama de *convencionalismo penal*, referente ao princípio da estrita legalidade, e o *cognocitivismo processual*, no sentido de se exigir a comprovação empírica do fato praticado sem a interferência de qualquer aspecto valorativo no julgamento.<sup>121</sup>

Fundado no otimismo iluminista<sup>122</sup>, o garantismo vincula o conceito de *processo* a esta cognição fundada na comprovação do fato punível, buscando um *nível mínimo de racionalidade*<sup>123</sup>, a partir do controle fundado em diversos princípios, sempre no intuito de se limitar o poder punitivo e garantir os direitos individuais.

Resulta um modelo teórico e normativo de processo penal como processo de cognição ou de acerto, onde a investigação do fato configurado pela lei como crime tem o caráter de um procedimento probatório de tipo indutivo, que exclui as valorações possíveis e admite apenas, ou prevalentemente, *asserções* ou *negações* – de fato e de direito – das quais sejam predicáveis a *verdade* ou a *falsidade* processuais (...).<sup>124</sup>

Embora importantíssimo do ponto de vista político e sem dúvida a melhor opção quando ao lado dos modelos autoritários que concebem a “defesa social” como escopo do processo, vê-se que a teoria *garantista* também opera a partir de premissas próprias da filosofia da consciência, sendo por isso que se o critica a partir da *linguagem*<sup>125</sup>:

<sup>120</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, 37-39.

<sup>121</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 6-10.

<sup>122</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**, p. 86: “O *garantismo jurídico* baseia-se, desta feita, nos *direitos individuais* – vinculados à tradição *iluminista* – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano”.

<sup>123</sup> BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico-penale di lingua ispanica. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 192.

<sup>124</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 9. Trad. livre. No original: “Ne risulta un modello teorico e normativo di processo penale come processo di cognizione o di accertamento, ove la rilevazione del fatto configurato dalla legge come reato ha il carattere di un procedimento probatorio di tipo induttivo, che esclude quanto più possibile valutazioni ed ammette solo, o prevalentemente, *asserzioni* o *negazioni* – di fatto e di diritto – di cui siano predicabili la *verità* o la *falsità* processuale (...)”.

<sup>125</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**, p. 155: “o rigor lingüístico propugnado por Ferrajoli é condição necessária, mas não suficiente, para legitimidade das imposições penais, principalmente pelas próprias limitações da ‘semântica’ e da ‘Filosofia Analítica’, as quais subestimam a ‘Pragmática’, a ‘Filosofia da Linguagem’ e a ‘Psicanálise’”. No mesmo sentido, BARLETTA, Junya Rodrigues. **Fundamentos críticos para a deslegitimação da prisão provisória**, p. 39: “o que não se pode deixar de ter em vista e denunciar é a impossibilidade epistemológica de um perfeito cognocitivismo nos moldes estabelecidos pelo modelo garantista ilustrado”. Para um debate sobre o tema, v. GIANFORMAGGIO, Letizia (coord.). **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993.

Em linhas gerais, pois, o Sistema Garantista (SG) está fortemente influenciado pelo ‘positivismo lógico’, eclipsado no ‘rigor semântico’, desconsiderando que a linguagem não é esse terceiro capaz de conferir a segurança pretendida, sendo que, ademais, o sujeito julgador, o magistrado, não está, como quer Ferrajoli, alheio ao desenrolar ideológico, desprovido de condições de se demitir de si mesmo no *ato decisório*.<sup>126</sup>

Neste sentido se diz que “o ‘otimismo semântico’ restou afastado diante do desvelamento do componente ‘pragmático’ da linguagem e seus contextos – ‘viragem linguística’ – e da superação da ‘Filosofia da Consciência’ pela da ‘Linguagem’, diante da lingüistificação do mundo da vida (Habermas e Heidegger), sem que se possa defender, salvo ingenuamente, a pretensa rigidez do discurso jurídico”.<sup>127</sup>

Traz-se o tema, enfim, porque se o considera um *obstáculo epistemológico à abordagem crítica da prisão cautelar*; tanto porque se tem insistido na compreensão desta através da noção de *conflito de interesses*, na forma da *lide penal*, como pelo fato de se pretender *limitá-la* por princípios e normas garantidoras, em tese, dos direitos do cidadão. Tal *estrutura*, posta pela teoria, encontra-se em manifesto descompasso com a *práxis*.

## 1.2. TUTELA CAUTELAR

§ 1º Tutela cautelar e lide no processo civil

§ 2º Tutela cautelar e lide no processo penal

§ 3º Tutela cautelar no processo penal: estrutura e função

### § 1º Tutela cautelar e lide no processo civil

Ainda na esteira da equivocada filiação a uma “teoria geral do processo”, é certo que os primeiros estudos realizados sobre as medidas cautelares o fizeram sob a ótica do processo civil<sup>128</sup>, sendo nesse sentido construídos seus requisitos e pressupostos, sendo desde logo assim definidas por CHIOVENDA:

Essas medidas especiais, determinadas pelo perigo ou urgência, dizem-se *provisórias, cautelares* ou *conservativas*, porque são emanadas antes que seja acertada a vontade secreta da lei que lhe garante

<sup>126</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**, p. 151.

<sup>127</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. **Decisão Penal**, p. xiv.

<sup>128</sup> Por exemplo: CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, publicado pela primeira vez em 1936. Neste sentido BARROS: “Não se pode negar que a construção doutrinária do Processo Penal, mesmo na parte relativa a institutos de maior relevância em seu campo, é feita através da doutrina geral do Processo Civil, que sempre se adiantou na construção sistemática, notadamente quando se buscam os *caracteres*, a *função* e a *estrutura* de determinado tipo de processo”, cf. BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, p. 18.

um bem, ou antes que seja completada sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática, e são várias, segundo a natureza diversa dos bens aos quais se aspira.<sup>129</sup>

Segundo LIEBMAN, haveria uma *ação cautelar* diversa das *ações cognitiva e executiva*, caracterizada pelo “escopo de garantir o resultado útil da ação principal”.<sup>130</sup> No Brasil, na esteira da *autonomia*, observa LACERDA que “na função cautelar a prestação jurisdicional se caracteriza pela outorga de segurança com vistas a garantir o resultado útil das demais funções”.<sup>131</sup>

Para CARNELUTTI, haveria um processo cautelar situado como um *tertium genus* entre o processo de conhecimento e o de execução, contencioso exatamente por ter por *conteúdo* a *lide*, diferenciando-se, apenas, por não realizarem a composição definitiva desta.<sup>132</sup> Ao invés disto, serviria esta “terceira espécie” de prestação jurisdicional como instrumento daqueles, buscando garantir a eficácia de suas tutelas. Neste sentido se diz que “enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”.<sup>133</sup>

CARNELUTTI buscou definir qual seria o conteúdo do processo cautelar, primeiramente, como uma *sistematização de fato* e depois como uma *composição provisória da lide*, sem fazer coisa julgada:

Em virtude do processo cautelar, a *res* não é, pois, *iudicata*, e sim composta de modo que possa esperar-se o juízo; e a esta composição, cujo conceito se esclarece comparando-a com o curativo de uma ferida, dá-se-lhe o nome de *medida cautelar*, ou seja, o ato por meio do qual o órgão judicial dispõe a composição provisória do litígio.<sup>134</sup>

<sup>129</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, v. I., p. 235. Trad. livre. No original: “Queste misure speciali, determinate da pericolo od urgenza, diconsi *provvisorie, cautelari* o *conservative*, perchè si emanano prima che sia accertata la volontà concreta della legge che ci garantisce un bene, o prima che sia compiuta la sua attuazione, per garanzia della sua futura attuazione pratica, e sono varie, secondo la diversa natura del bene a cui si aspira”.

<sup>130</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I, p. 217. A posição é seguida, no Brasil, em: SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**, p. 3-11.

<sup>131</sup> LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil: art. 796 a 812**, t. I, p. 4. No mesmo sentido: CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**, p. 39-42;

<sup>132</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Tratatto del processo civile**, p. 355.

<sup>133</sup> THEODORO JR., Humberto. **Tutela cautelar**, p. 16: ressaltando o autor, mais uma vez, que “ambos os processos giram em torno da ‘lide’, pressuposto indeclinável de toda e qualquer atuação jurisdicional”.

<sup>134</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**, t. I., p. 488.



Destacou, portanto, com ênfase, a instrumentalidade que marca a tutela cautelar.<sup>135</sup> Sua definição, mais uma vez, encontrou ressonância na doutrina brasileira, como por exemplo em Egas Moniz de Aragão<sup>136</sup> e também:

A composição do conflito de interesses (lide), através do processo, só é atingido mediante a seqüência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interessados antagonistas das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, (...). É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio (...). Em outros termos, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada.<sup>137</sup>

CALAMANDREI, conhecido como o mais importante sistematizador no tema, preferiu falar apenas em *procedimento* cautelar, distinguível por critérios diversos daqueles que servem para diferenciar os procedimentos de conhecimento ou execução<sup>138</sup>. Tratar-se-ia de uma série de características próprias voltadas ao escopo próprio da cautela de evitar que o processo se isole em um plano meramente formal e sem correspondência ao plano material, no qual se materializa.<sup>139</sup>

Fala-se, primeiramente, neste sentido, de um caráter *provisório*, na medida em que seus efeitos deixam de existir quando cessa a ameaça ou advém a prestação jurisdicional final, com a seguinte ressalva:

É oportuno, no entanto, advertir que o conceito de *provisoriedade* (e como aquele, coincidente, de *interinidade*) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de *temporaneidade*. *Temporâneo* é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; *provisório* é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo.<sup>140</sup>

<sup>135</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Tratatto del processo civile**, p. 356: “portanto sua eficácia sobre a lide é mediata desde um outro processo”. Trad. livre. No original: “pertanto la sua efficacia sulla lite è *mediata attraverso un altro processo*”.

<sup>136</sup> ARAGÃO, Egas Moniz de. Medidas cautelares inominadas. **Revista Brasileira de Direito Processual**, p. 37.

<sup>137</sup> THEODORO JR, Humberto. **Tutela cautelar**, p. 14-15. Segundo NERY JR., *lide cautelar* significaria *pretensão à segurança*; cf. NERY JR., Nelson. Do Processo Cautelar. **Revista de Processo**, p. 184. Sobre o tema, conferir: CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992.

<sup>138</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 23.

<sup>139</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del Diritto Processuale Penale**, t.I, p. 500.

<sup>140</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 25-26. V. também: MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 32.

Trata-se, assim, da expressão de uma *relação cronológica comum* entre “os efeitos do procedimento antecedente (cautelar) e aqueles do procedimento subsequente (definitivo)”.<sup>141</sup> Outra maneira de se definir *provisoriedade* é como “uma temporaneidade condicionada à verificação de uma futura situação”<sup>142</sup>, ou seja, limitada no tempo e sob a condição de ocorrência de uma outra situação no futuro. É o que faz, por exemplo, com que a prisão preventiva não seja “confirmada” com o advento de uma sentença condenatória, mas *cesse*, iniciando-se, com a pena definitiva, sem deixar de se observar o princípio da detração, uma *outra* prisão, com tratamento *jurídico* absolutamente diverso.<sup>143</sup>

Mas a provisoriedade, por si só, não é suficiente para caracterizar os procedimentos cautelares pelo fato de não ser caráter exclusivo destes<sup>144</sup>: os procedimentos cautelares são provisórios, segundo CALAMANDREI, no específico sentido de constituírem relações *destinadas a se esgotarem*<sup>145</sup>, quando na presença do provimento *definitivo*.<sup>146</sup>

De qualquer forma, é pelo fato de uma medida cautelar ter em vista a garantia deste que se fala em uma natureza *acessória* e em uma *instrumentalidade qualificada* como características próprias dos procedimentos cautelares:

A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela *mediata*: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. (...) nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado; (...) são, portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos do instrumento*.<sup>147</sup>

Fala-se, assim, em *acessoriedade* da cautela no sentido de uma *dependência teleológica* a outro processo<sup>148</sup>, sem deixar de se defender sua *autonomia* perante os processos de conhecimento e execução.

<sup>141</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 27.

<sup>142</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del Diritto Processuale Penale**, t.I, p. 504. Trad. livre. No original: “una temporaneità condizionata al verificarsi di una futura situazione”.

<sup>143</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del Diritto Processuale Penale**, t. I, p. 505.

<sup>144</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 27.

<sup>145</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 32.

<sup>146</sup> Ressalva-se ser “definitivo” uma expressão terminologicamente inadequada, na medida em que serve para definir a *sentença* ou *decisão* que *fecham a relação processual*, e não para se contraporem a medidas “cautelares”; mais correto, nesse sentido, seria se falar apenas em *cautelar* e *principal*; cf. CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 44-48.

<sup>147</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 42.

<sup>148</sup> LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil: art. 796 a 812**, t. I, p. 7.

A noção de *instrumentalidade* aparece em CHIOVENDA de forma coerente às suas concepções objetivistas, afirmando que “a medida provisória atua uma vontade efetiva da lei, mas uma vontade que consiste na garantia da atuação de uma *outra* suposta vontade da lei”<sup>149</sup>; e decorre da diferenciação entre situações jurídicas *instrumentais* das *finais*, consistentes, respectivamente, nos *meios* e no *objeto* da tutela. Segundo o *interesse* presente em cada, ter-se-ia uma maior ou menor relevância no escopo da cautela.<sup>150</sup> Observa-se, neste sentido, que nas situações finais a tutela perde relevância na medida em que tende a se confundir com o próprio interesse, ao passo que nas situações instrumentais ocorre o inverso. Em síntese:

Quando procuramos individuar o escopo de uma situação jurídica final, concordamos que o que se releva não é tanto a tutela, mas o interesse tutelado. Mais exatamente, advertimos que o escopo de uma situação final reside principalmente na satisfação de uma necessidade e, portanto no atendimento a um interesse. O escopo da situação instrumental, ao contrário, resolve-se na realização, pura e simples, da tutela: o atendimento do interesse, contido na situação final, é o fim mediato ou indireto.<sup>151</sup>

Sob o mesmo raciocínio, define-se por objeto *imediato* da cautela o interesse visado na situação final, o que no processo penal significa, nos termos retro expostos, o *acertamento do caso penal*, “encarnado no resultado do processo penal condenatório”<sup>152</sup>; e por objeto *mediato* a própria situação jurídica final. Quer-se dizer, assim, que o objeto mediato da cautela penal se refere ao resultado do processo.<sup>153</sup> Acerca deste último, não se tem mais que um juízo de probabilidade, vindo CALAMANDREI a denominar o caráter instrumental da cautela como uma *instrumentalidade hipotética*.<sup>154</sup>

<sup>149</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, v. I., p. 237. Trad. livre. No original: “la misura provvisoria attua una effettiva volontà di legge, ma una volontà che consiste nel garantire l’attuazione d’*un’altra* supposta volontà di legge”.

<sup>150</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 7.

<sup>151</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 8. Trad. livre. No original: “Quando cerchiamo di individuare lo scopo di una situazione giuridica finale, ci accorgiamo che ciò che viene in risalto non è tanto la tutela, quanto l’interesse tutelato. Più esattamente, ci accorgiamo che lo scopo di una situazione finale risiede principalmente nella soddisfazione di un bisogno e quindi nello svolgimento di un interesse. Lo scopo della situazione strumentale invece si risolve nella realizzazione, pura e semplice, della tutela: lo svolgimento dell’interesse, contenuto nella situazione finale, è il fine mediato o indiretto”.

<sup>152</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 10.

<sup>153</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 11.

<sup>154</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 97. Em seguida, destaca que tal caráter hipotético “*está intimamente radicado na natureza própria do procedimento cautelar e é um aspecto necessário à sua instrumentalidade*” (*Idem*, p.100). Para SILVA, a instrumentalidade não é suficiente enquanto *critério de classificação*, por ser um conceito impreciso e “que possibilita a inclusão, dentre as medidas cautelares, de situações das mais variadas espécies e que nada têm a ver com essa matéria” (SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**, p. 101).

Não se cogita adotar qualquer providência cautelar sem a presença de determinados requisitos, devendo restar estes devidamente preenchidos no caso concreto. O primeiro deles é a “aparência do bom direito” (*fumus boni juris*); enquanto o segundo, mais que requisito, *fundamento*, é o “perigo na demora” (*periculum in mora*), que é o que efetivamente caracterizaria a *necessidade* a exigir a tutela cautelar:

Sobre o primeiro ponto, não se trata de verificar a existência do direito, o que constitui objeto do processo principal, mas apenas de formular um juízo de probabilidade sobre sua existência, com base em uma cognição sumária e superficial; sobre o segundo, deve-se indagar da verossimilhança de um perigo que possa vir a tornar mais difícil ou impossível a tutela do direito.<sup>155</sup>

Da mesma forma, NERY JR:

O *fumus*, a aparência do bom direito, deve ser tido como uma *causa* do pedido ao juízo. Deve historiar meu caso de modo a que o juiz veja, nele, uma aparência de direito. Não é preciso que o juiz vá a fundo e diga *que tenho direito, por isso*, eu lhe concedo a cautela. Basta uma mera aparência. (...). Já o *periculum in mora*, perigo na demora reside em que, não sendo concedida a cautela, haja dano ou a possibilidade muito grande de haver perecimento do direito afirmado.<sup>156</sup>

Portanto, é *pressuposto* que no caso concreto se afigure *provável* o direito alegado, mediante um juízo de probabilidade e de verossimilhança:

Declarar a existência do direito é função do procedimento principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requereria a medida cautelar.<sup>157</sup>

Posto isto, a medida cautelar será devidamente *fundamentada e justificada* pela “existência de um perigo de dano jurídico, que deriva do atraso de um procedimento jurisdicional definitivo”<sup>158</sup>, estando-se a referir, aqui, ao *periculum in mora*. Diferentemente do requisito anterior, aqui se pode visar um juízo *de certeza* sobre a existência de condições *de fato* que demonstrem o perigo.<sup>159</sup>

O *periculum in mora* é o fundamento que, somado junto a uma finalidade preventiva e a um caráter de urgência na medida (se a tutela tarda, o dano temido pode se transformar em dano efetivo), caracteriza a *cautelaridade*. Não se trata, com efeito, de mero perigo *genérico*, mas sim aferível no caso concreto, e desta forma definido por CALAMANDREI:

<sup>155</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, p. 217.

<sup>156</sup> NERY JR., Nelson. Do Processo Cautelar. **Revista de Processo**, p. 185.

<sup>157</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 99.

<sup>158</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 33.

<sup>159</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 101.

O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano *marginal*, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanção de uma medida provisória; é a *mora* desse procedimento definitivo, considerada em si mesma como a possível causa de *ulterior* dano, que se provê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que *antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo*.<sup>160</sup>

O autor distingue, ainda, dois tipos de *periculum in mora*: o primeiro, único a servir, de alguma forma, ao processo penal, seria aquele que visa “somente a preparar antecipadamente os meios eficazes” de forma a “possibilitar que o procedimento principal, quando vier, seja justo e praticamente eficaz”.<sup>161</sup> Por isso é que, neste caso, a questão de mérito permanece controversa e aguardando julgamento.

No segundo, o *perigo na demora* exige uma aceleração na satisfação do próprio direito, incidindo no mérito da controvérsia. Percebe-se que este se refere ao que hoje se chama de *tutela antecipada*, rechaçada no processo penal, e não a uma *tutela cautelar*.<sup>162</sup>

## § 2º Tutela cautelar e lide no processo penal

A influência da noção de *lide como conteúdo do processo* na construção de uma teoria para a tutela cautelar no processo penal é imensa, especialmente a partir do conceito de *lide penal* de LEONE e BELLAVISTA. A premissa é que o “*problema da prisão preventiva se vincula com a tensão existente entre as necessidades do Estado de aplicar o direito penal e o devido respeito às liberdades e direitos fundamentais das pessoas*”.<sup>163</sup> Nesse sentido:

<sup>160</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 37.

<sup>161</sup> CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**, p. 88.

<sup>162</sup> Mesmo porque, à época, sequer havia uma clara distinção nesses termos, cf. se vê hoje, por exemplo, em: MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**, p. 31: de acordo com o autor, na antecipação da tutela “concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia – que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material – de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor”, enquanto na tutela cautelar o que se quer é apenas e tão-somente *garantir a viabilidade da realização de um direito*.

<sup>163</sup> ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva en um Estado de Derecho. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**, p. 57. Trad. livre. No original: “*problema de la prisión preventiva se vincula con la tensión existente entre las necesidades del Estado de aplicar el derecho penal y el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas*”.

De um lado há um interesse substancial do Estado na realização concreta da pretensão punitiva, e, portanto, em se assegurar que os indiciados, especialmente pelos crimes mais graves, não escapem à execução da pena, uma vez julgados e declarados culpados. Há, pois, um interesse processual à custódia preventiva sob um duplo aspecto: a) a utilidade do isolamento de modo que o acusado não possa falar com co-réus ou testemunhas, combinando falsas versões e obstaculizando, assim, a obtenção das provas; b) o interesse em garantir a constante presença do imputado na instrução, garantia alcançada de modo seguro apenas com a custódia preventiva. Contra estes dois interesses, um substancial e um processual, está o direito fundamental do imputado à própria liberdade, liberdade que é o bem maior do cidadão e que o Estado tem ele próprio o dever supremo de garantir.<sup>164</sup>

Sabe-se que uma das obras mais importantes sobre o tema foi escrita por Giuseppe DE LUCA, originalmente filiado às idéias de Francesco CARNELUTTI, ao passo que, também no Brasil, foi sempre marcante o traço da doutrina italiana e da explicação do tema a partir do conceito de conflito de interesses.<sup>165</sup>

Não obstante DE LUCA rejeite a noção *carneluttiana* de lide como conteúdo do processo penal, trabalha claramente com o conceito de *lide penal* nos termos propostos por LEONE:

No fundo, não há dúvida de que na base do procedimento cautelar haja um conflito de interesses; (...). Como enfaticamente observa Leone, na base do processo penale há sempre um conflito objetivo de interesses. (...). Estas considerações nos induzem a crer que o conteúdo do processo cautelar é dado pela controvérsia e não pela lide. Basta considerar, assim, que também o interesse à liberdade, sacrificado em prol do interesse à cautela, é um interesse público. Daí deriva que, enquanto não for emitido o provimento, ainda não se sabe qual é o interesse público a atuar, já que corresponde a um interesse público a aplicação da medida cautelar assim como é de público interesse a liberdade do imputado.<sup>166</sup>

<sup>164</sup> PEZZATINI, Pompeo. **La custodia preventiva**, p. 3-4. Trad. livre. No original: “Vi è da un lato un interesse sostanziale dello Stato a realizzare in concreto la pretesa punitiva, e perciò ad assicurarsi che gli indiziati di reati, in specie per i delitti più gravi, non sfuggano alla esecuzione della pena, una volta giudicati e ritenuti colpevoli. Vi è poi un interesse processuale alla custodia preventiva sotto un duplice aspetto: a) la utilità dell’isolamento del prevenuto cosicché egli non possa parlare con correi o testimoni concordando versioni ingannevoli ed ostacolando, comunque, il raggiungimento della prova; b) l’interesse a garantire la costante presenza dell’imputato nella istruzione, garanzia raggiunta in modo sicuro solo con la custodia preventiva. Contro questi due interessi, uno sostanziale ed uno processuale, sta il diritto fondamentale dell’imputato alla propria libertà, libertà che è il bene maggiore del cittadino e che lo Stato ha egli stesso il dovere supremo di garantire”.

<sup>165</sup> Por todos, v. BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, e também: TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**, p. 235 e ss.

<sup>166</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 156-157. Trad. livre. No original: “In fondo, non vi è dubbio che alla base del procedimento cautelare ci sia un conflitto di interessi; (...). Come acutamente osserva il Leone, alla base del processo penale vi è sempre un conflitto oggettivo di interessi. (...). Queste considerazioni ci inducono a ritenere che il contenuto del processo cautelare è dato dalla controversia e non dalla lite. Basta considerare, a tal fine, che anche l’interesse alla libertà, sacrificato dall’interesse alla cautela, è un interesse pubblico. Ne deriva che, fino a quando non è emesso il provvedimento, non si sa ancora quale sia l’interesse pubblico da attuare, giacché corrisponde a un interesse pubblico l’applicazione della misura cautelare così come è di pubblico interesse la libertà dell’imputato”.

Também sobre CRISTIANI o pensamento de LEONE exerceu grande influência, segundo quem haveria um “conflito abstratamente insanável, que a vida real do processo deve, entretanto, conseguir superar com um equilíbrio dos interesses cristalizados e tutelados nos casos concretos”.<sup>167</sup>

Para este autor, se é verdade que “*a qualidade de um modelo processual se colhe do grau máximo de segurança que a investigação e a custódia das fontes de prova alcançam, com o mínimo risco possível para o cidadão – duas exigências diversas, mas não necessariamente contrapostas – é evidente que o preço do sacrifício temporário a se pagar ‘ad eruendam veritatem’ é na moeda das medidas cautelares*”.<sup>168</sup>

O conflito de interesses segue na forma *presumida* e explicado a partir da noção de *repartição dos riscos* inerentes às medidas cautelares. A base para a teoria decorre, por um lado, de uma concepção dinâmica de processo, como um fato jurídico constituído de situações iniciais, intermédias e finais, distinguindo-se enfim as situações jurídicas instrumentais e finais.

É que a leitura de DE LUCA é fundada na concepção *dinâmica* de processo<sup>169</sup>, em oposição àquela *estática*, identificada com as teorias do processo como *relação jurídica*<sup>170</sup>. Nesse sentido GOLDSCHMIDT:

A expectativa de uma vantagem processual, e, em última fase, de uma sentença favorável, a dispensa de uma carga processual (ônus ou encargos processual) e a possibilidade de levar ou deixar tal situação pela realização de um ato processual, constituem os direitos no sentido processual da palavra. Em realidade, não se trata de direitos propriamente ditos, senão de situações que poderiam denominar-se com a palavra francesa: chances.<sup>171</sup>

<sup>167</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 232. Trad. livre. No original: “conflito astrattamente insanabile, che la vita reale del processo, deve, tuttavia, riuscire a superare con un bilanciamento degli interessi cristallizzati e tutelati nelle singole fattispecie”.

<sup>168</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 231. Trad. livre. No original: “*la bontà di un modello processuale si coglie dal massimo grado di sicurezza che la ricerca e la custodia delle fonti di prova raggiungono, con il minimo rischio possibile per il cittadino – due esigenze diverse, ma non necessariamente contrapposte – è evidente che il prezzo del sacrificio temporario da pagarsi ‘ad eruendam veritatem’ è in moneta di misure cautelari*”.

<sup>169</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**, p. 53: “O modo de ver ou considerar o direito que converte todas as relações jurídicas em expectativas ou perspectivas de um ato judicial de conteúdo determinado, pode chamar-se uma consideração dinâmica do direito em contraste com a consideração corrente, que é estática, porque enfoca todas as relações jurídicas como consequências juridicamente necessárias de fatos pressupostos como realizados”.

<sup>170</sup> Sobre o tema, v. BÜLOW, Oscar. **A teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais**. 1868. Nas palavras de GOLDSCHMIDT, foi a partir de BÜLOW e sua teoria do processo como *relação jurídica* que se começa a criar uma *ciência própria do direito processual* (GOLDSCHMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**, p. 14 e ss.).

<sup>171</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**, p. 49.

Por todos, no Brasil, explica LOPES JR.:

O processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a *expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas*. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus ou bônus. (...) sempre que as partes estiverem em situação de obter, por meio de um ato, uma vantagem processual e, em última análise, uma sentença favorável, têm uma possibilidade ou chance processual.<sup>172</sup>

A *carga da prova* está inteiramente a cargo do acusador, enquanto a defesa *assume o risco* de uma sentença desfavorável a cada vez que opta por não produzir determinada prova ou não se defender adequadamente.<sup>173</sup> Segundo o pensamento de GOLDSCHMIDT, o processo estaria sempre “envolto por uma nuvem de incerteza”<sup>174</sup>, característica da atividade processual.

Dentro de tal concepção, *dinâmica*, do processo, DE LUCA explica ser o fato jurídico, em sentido amplo, abstratamente “demarcado”, em seu ciclo, pelo que seria a situação jurídica inicial e a final e, entre elas, as situações intermédias. Entre os marcos inicial e final haveria um intervalo de tempo e a potencial configuração de situações intermédias que poderiam vir a impedir o desenvolvimento da situação inicial e a formação da situação final. Neste sentido, “a continuidade entre a situação inicial e a situação final se estabelece na medida em que a situação intermédia conserva algo da situação inicial e antecipa um elemento da situação final”.<sup>175</sup>

Nestes termos, buscar-se-ia, nas situações intermédias, estabelecer uma *relação de causalidade* entre elas e as situações finais visando garantir a realização destas, desde que, logicamente, seja absolutamente *certa* a ocorrência do resultado final. Sendo incerta, como *sempre é*, no processo penal, não há que se falar em relação de causalidade. Neste sentido:

É evidente, todavia, a diferença que intercede entre as situações causais e as outras que são, por assim dizer, artificialmente criadas para preservarem a situação final dos eventos prejudiciais que podem lhe obstaculizar o desenvolvimento. As primeiras são expressões de uma força intrínseca de causalidade; as segundas vivem em função de uma extrínseca antecipação.<sup>176</sup>

<sup>172</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 44.

<sup>173</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 45.

<sup>174</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 47.

<sup>175</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 21. Trad. Livre. No original: “la continuità tra la situazione iniziale e la situazione finale si stabilisce in quanto la situazione intermedia conserva qualcosa della situazione iniziale ed anticipa un elemento della situazione finale”.

<sup>176</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 22. Trad. livre. No original: “È evidente tuttavia la differenza che intercede tra le situazioni causali e le altre le quali sono, per così dire, artificialmente create per preservare la situazione finale dagli eventi pregiudizievoli che possono ostacolarne lo sviluppo. Le prime sono espressioni di una forza intrinseca di causalità; le seconde vivono in funzione di un’estrinseca anticipazione”.



Emerge, de imediato, o problema da *inconstitucionalidade* em tal antecipação face a presunção de inocência, que torna evidente não se poder falar em um *nexo de causalidade* ou *certeza* do resultado, no processo penal, e deslocam os fundamentos da tutela cautelar para a incerteza entre a eficácia e a ineficácia de um ato:

Todas as situações intermédias, que se estabelecem entre uma e outra, figuram caracterizadas por uma incerteza fundamental. Reduzem-se à promessa de uma sentença favorável ou à ameaça de uma sentença contrária, dependendo do cumprimento de certas atividades processuais.<sup>177</sup>

Falando-se no processo como expressão de *riscos*, a prisão cautelar é tida como uma antecipação de situações finais que enfrenta o *risco* de uma posterior absolvição:

Não obstante, há casos nos quais é necessário enfrentar o risco de absolvição e criar as situações intermédias que antecipam um efeito definitivo o qual não se sabe se se verificará. Daí deriva que o processo, considerado em sua evolução, se resolva objetivamente em uma série concatenada de antecipações de outras tantas situações finais. Subjetivamente, as situações que devem influir na decisão não são, no fundo, nada mais que previsões jurídicas de uma sucessão causal que não terminará antes da sentença do juiz.<sup>178</sup>

Não é possível negar a *identidade estrutural* que há entre a prisão cautelar e a pena privativa de liberdade.<sup>179</sup> A antecipação do efeito definitivo, bem aceita na esfera cível (pois sem veto legal e constitucional), aparece no âmbito penal com o traço distintivo de ser um *mal irreparável*, já que se não pode retroagir e devolver ao réu absolvido seu tempo livre tampouco, e principalmente, reparar os danos psíquicos a ele causados:

---

<sup>177</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 25. Trad. livre. No original: “Tutte le situazioni intermedie, che si stabiliscono tra l’una e l’altra, appaiono caratterizzate da una fondamentale incertezza. Esse si riducono alla promessa di una sentenza favorevole o alla minaccia di una sentenza contraria, l’attuazione delle quali dipende dal compimento di certe attività del processo”.

<sup>178</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 28. Trad. livre. No original: “Ciononpertanto, vi sono casi in cui è necessario affrontare il rischio dell’assoluzione e creare delle situazioni intermedie che anticipano un effetto definitivo che non si sa se si verificherà. Da ciò deriva che il processo, considerando nel suo evolversi, si risolve oggettivamente in una serie concatenata di anticipazioni di altrettante situazioni finali. Soggettivamente, le situazioni che dovranno influire sulla decisione non sono in fondo che previsioni giuridiche di una successione causale che non finirà prima della sentenza del giudice”.

<sup>179</sup> Neste ponto, DE LUCA não tem dúvidas, cf. DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 32: “También as medidas cautelares se resolvem na antecipação da medida definitiva. O cárcere preventivo se identifica, na dimensão estrutural, com a própria pena”. Trad. livre. No original: “Anche le misure cautelari si risolvono in una anticipazione della misura definitiva. La carcerazione preventiva si identifica, dal lato strutturale, con la pena vera e propria”.

O perigo da antecipação se revela aqui em todas as suas trágicas proporções. Quando a medida cautelar é a prisão preventiva, se o processo se encerra com o accertamento negativo do crime, em nenhum caso se poderá remediar o dano injustamente causado ao imputado.<sup>180</sup>

Segundo DE LUCA, as alternativas presentes em pólos extremos seriam a aplicação automática da prisão cautelar (o acusado suportaria o risco da absolvição) ou a sua abolição (o Estado suportaria o risco da condenação).<sup>181</sup> Considerando que todo processo contém tal margem de risco, o problema posto é sobre quem deve suportá-lo, caracterizando “um verdadeiro e próprio conflito de interesses entre o Estado e o imputado, à cuja composição provê o processo cautelar”.<sup>182</sup>

Tratar-se-ia, assim, de um conflito de interesses *secundário* ou *marginal* em relação ao conflito principal<sup>183</sup>, determinado pela repartição dos riscos inerentes ao processo, presentes no dilema em se sacrificar a liberdade individual em prol de uma *possível* (e não certa) necessidade, vista em prospectiva, de aplicação da lei penal. Ora, parece-se estar a falar em *processo civil* quando, na verdade, dever-se-ia mudar por completo o olhar sobre o tema.

Malgrado sua inadequação do ponto de vista constitucional e tendo por base uma lógica eminentemente *privatista*, também no Brasil, com BARROS, sob influência de DE LUCA, trata-se a questão da *repartição dos riscos* como o que efetivamente caracterizaria a *lide penal*:

Consistindo o processo num *risco* por não se saber previamente, qual seja o seu resultado final, a *lide penal* consiste precisamente, no conflito de interesses entre as partes no sentido de se saber quem deverá assumir esse risco, o que será dirimido pela sentença do juiz. (...). [O conceito de lide] apesar de controvertido, é fecundo para elaboração da doutrina, sendo também admissível no processo cautelar, uma vez que neste existe o perigo de que a liberdade individual seja inutilmente sacrificada. Daí surgir o contraste entre o interesse do Estado em impor uma medida cautelar ao indiciado, no intuito de assegurar o bom andamento da instrução criminal ou evitar que aquele fuja, tornando impossível a execução da pena imposta enquanto o sujeito passivo de tais medidas, resiste a tal pretensão, alegando o seu direito de liberdade.<sup>184</sup>

<sup>180</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 33. Trad. livre. No original: “Il pericolo della anticipazione si rivela qui in tutte le sua tragiche proporzioni. Quando la misura cautelare è costituita dalla detenzione preventiva, se il processo si chiude con l’accertamento negativo del reato, in nessun caso si potrà rimediare al danno ingiustamente patito dall’imputato”.

<sup>181</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 42.

<sup>182</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 43-44. Trad. Livre. No original: “un vero e próprio conflitto di interessi fra lo Stato e l’imputato, alla cui composizione provvede il processo cautelare”.

<sup>183</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 58.

<sup>184</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, p. 15-18. O autor pondera posteriormente, cf. *Idem*, p. 184: “O processo penal, no seu desenvolvimento, não oferece ainda prognóstico seguro,

Vale conferir, no mesmo sentido, a noção de *lide penal* a sustentar também a posição de FREDERICO MARQUES:

O indiciado é preso porque provável a sua condenação; e deve, desde logo, ficar sob custódia a fim de garantir-se o cumprimento da pena que lhe será imposta. Evidente é, no entanto, o conflito de interesses imanente a essa situação acauteladora, em que a *persecutio criminis* se reveste da forma de coação cautelar. De um lado, está o interesse do Estado em garantir a punição do réu no processo penal a ser instaurado e, de outro lado, está o interesse do réu em manter incólume o seu *status libertatis*. (...) a norma *jurídico cautelar* não se limita a assegurar, regra instrumental que é, a tutela jurisdicional. Em seu conteúdo há, também, regra de composição de uma situação jurídica de conflito de interesses.<sup>185</sup>

O que se deve notar é que, da mesma forma que só se fala em um conflito de interesses *secundário* próprio das medidas cautelares porque se pressupõe ser esta uma teoria adequada para explicar o conteúdo do processo penal, as mesmas críticas a esta servem àquela; e se esta não serve, a primeira também não pode servir.

Neste passo, também aqui não há fundamento lógico para se *presumir* um conflito *imanente* entre imputado e Estado, mormente porque *muda pouco o que seria o “interesse” do Estado*: no processo principal, a *condenação*, que pode não existir; na medida cautelar, assegurar uma apenas *possível* condenação. Ademais, presumir o que não existe segue carecendo de sentido<sup>186</sup>, mesmo porque *interesse* é uma noção eminentemente pessoal, *subjetiva*, e que por isso mesmo não pode ser objetivada.<sup>187</sup> Eticamente impossível, ademais, cogitar a existência de uma obrigação do imputado em se sujeitar à custódia a fim de *colaborar* com a justiça<sup>188</sup>, mormente quando se sabe inocente. Questiona-se qual conflito de interesses haveria na hipótese de fuga de indivíduo injustamente acusado, com a prisão preventiva ou temporária decretada: pode-se cogitar, por acaso, que o Estado tenha um *interesse presumido* em ter às mãos o imputado para que se possa, após a aplicação de medida substancialmente idêntica à pena, declará-lo inocente?

---

representando quanto ao resultado verdadeiro *risco*, já que tanto poderá concluir pela absolvição como pela condenação. A antecipação da pena, através da prisão preventiva, atribui exclusivamente ao acusado esse *risco*, quando seria mais justo impô-lo ao Estado”.

<sup>185</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 35. No mesmo sentido: CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**, p. 24.

<sup>186</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 131: “Ora, presumir é um verbo transitivo que implica vislumbrar algo inexistente, fazendo realidade de uma irrealidade”.

<sup>187</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 132: “Objetivar o conflito, destarte, é ato impossível, justo porque o interesse é imanentemente pessoal”.

<sup>188</sup> Nesse sentido, v. PEZZATINI, Pompeo. **La custodia preventiva**, p. 34, 39-40.

No que tange ao fundamento da *indisponibilidade* do conflito, acaba-se escancarando em definitivo a inadequação da formulação. No debate sobre a “lide principal”, é a *disponibilidade* inerente à ação penal de iniciativa privada e ao sistema recursal que serve de base à crítica. Em âmbito cautelar, vê-se que se opera no marco da *facultatividade* quanto à decretação da medida, o que fica claro com a recente consagração, no Brasil, da inadmissibilidade de uma prisão cautelar *obrigatória*.<sup>189</sup> Observa-se, apenas, que a mudança teve razões políticas vinculadas a interesses próprios da ditadura militar. De qualquer forma, importa ver que há sempre a possibilidade de o próprio acusador considerá-la, no caso concreto, desnecessária ou descabida (não obstante possa o juiz decretá-la de ofício, embora inconstitucional).

COUTINHO afirmou, enfim, que “o conflito de interesses eventualmente existente, não é suficiente para agasalhar o conteúdo do processo penal em todas as suas formas e fases”<sup>190</sup>, sendo sua clara inadequação também às medidas cautelares um exemplo disso.

### § 3º A tutela cautelar no processo penal: estrutura e função

O tema da tutela cautelar no processo penal pode ser abordado a partir de diferentes perspectivas, segundo sua *estrutura e função*, conforme se estude, respectivamente, as normas, as relações e o procedimento das medidas cautelares, ou, por outro lado, seu escopo e resultado. É importante realçar que o recorte no objeto deste presente trabalho passa pela estrutura, no que for inevitável, mas recai, essencialmente, sobre a *função* da privação de liberdade enquanto legítimo meio de cautela.

Por *escopo* define DE LUCA como sendo a própria atuação da cautela, espécie do gênero “tutela jurídica”, cujo conceito, por sua vez, remete à proteção e defesa de um valor tido pela sociedade como necessário e interessante à vida em comunidade.<sup>191</sup>

<sup>189</sup> No Brasil, extinguiu-se a obrigatoriedade da prisão cautelar com a Lei nº. 5.349, de 3 de novembro de 1967, que alterou a redação do Cap. III, Título IX, do Código de Processo Penal. Sobre a inconstitucionalidade da obrigatoriedade da prisão cautelar, v.: KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 86-88. Registra-se que a facultatividade vale para a decretação da prisão, mas se não mais subsistirem os motivos que a fundamentaram é *obrigatória* a soltura do acusado, cf. BARLETTA, Junya Rodrigues. **Fundamentos críticos para a deslegitimação da prisão provisória**, p. 127.

<sup>190</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 134.

<sup>191</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 5-6: “A tutela representa um escopo comum a todos os meios jurídicos: mais exatamente cada situação jurídica instrumental se resolve em um

Distingue-se, com CALAMANDREI, tutela *imediata* de *mediata*, sendo a cautela expressão própria desta última.. E em se tratando de uma tutela *mediata* e *preventiva*, seu sentido é o mesmo de *garantia*. O caráter é mediato porque assegura e protege a realização de outro meio de tutela; e preventivo na medida em que opera em relação a um evento futuro.<sup>192</sup>

O escopo comumente atribuído à cautela penal no sentido de se isolar o imputado do mundo externo, evitando que ele altere o “estado das coisas” e destrua provas, é para DE LUCA apenas um escopo *acessório*, sob pena de se identificar *imputado* com *réu* e se impedi-lo toda possibilidade de fornecer provas úteis ao reconhecimento de sua inocência.<sup>193</sup>

Para MANZINI, por outro lado, a tutela cautelar penal decorre da necessidade de *assegurar a presença de determinadas pessoas ou coisas* no processo.<sup>194</sup> DE LUCA novamente discorda:

Primeiramente, haveria uma manifesta desproporção entre o custo da medida cautelar e a vantagem derivada de sua aplicação. Em segundo lugar, a presença do acusado na audiência, em um ordenamento processual como o nosso, que admite a possibilidade de todo crime ser julgado à revelia, não é absolutamente indispensável, no sentido de que não impede o desenvolvimento do processo.<sup>195</sup>

A posição de DE LUCA é a mesma de CARNELUTTI, no sentido de que a cautela penal visa assegurar os meios e garantir o resultado do processo.<sup>196</sup> No mesmo sentido, VÉLEZ MARICONDE fala na “*necessidade de assegurar o império efetivo do direito penal, processual ou substantivo*”.<sup>197</sup> Até mesmo aqui, porém, DE LUCA admite não se

meio de tutela. É direta, ou seja, garante um interesse da vida social”. Trad. livre. No original: “La tutela rappresente uno scopo comune a tutti i mezzi giuridici: più esattamente ogni situazione giuridica strumentale si risolve in un mezzo di tutela. È diretta cioè a garantire un interesse della vita sociale”.

<sup>192</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 9: A tutela preventiva “opera fisiologicamente no futuro assim como a tutela repressiva explica sua eficácia no passado”. Trad. livre. No original: “*opera fisiologicamente nel futuro così come la tutela repressiva spiega la sua efficacia nel passato*”.

<sup>193</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 15.

<sup>194</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. III, p. 553.

<sup>195</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 15. Trad. livre. No original: “Innanzitutto vi sarebbe una manifesta sproporzione tra il costo della misura cautelare e il vantaggio che può derivare dalla sua applicazione. In secondo luogo, la presenza dell’imputato al dibattimento, in un ordinamento processuale come il nostro, che ammette la possibilità per ogni reato del giudizio in contumacia, non è assolutamente indispensabile, nel senso cioè che non impedisce lo svolgimento del processo”.

<sup>196</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, v. II, p. 72.

<sup>197</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. II, p. 477. Trad. livre. No original: “*necesidad de asegurar el imperio efectivo del derecho penal, procesal o sustantivo*”.

tratar de uma justificativa consistente, e eis que também ele, talvez o autor da mais importante obra sobre o tema dentro da disciplina do direito processual penal, resta enfim por assumir a custódia preventiva como “um mal necessário, expressão da humana imperfeição de nosso mecanismo judiciário”.<sup>198</sup> A constatação ganha nitidez no estudo do tema sob a perspectiva do *resultado* da cautela, idêntico, no aspecto substancial<sup>199</sup>, com o resultado do processo principal.

Segundo FREDERICO MARQUES, há uma *pluralidade de processos penais* sem necessariamente caráter condenatório, sendo processo penal desde “que se invoque o Direito Penal objetivo e desde que a sentença se baseie em normas deste”.<sup>200</sup> Ter-se-ia processos autônomos, porém *conexos* ao processo penal condenatório, aqui se inserindo o processo cautelar que teria por fim “ou garantir a consecução dos objetivos da *persecutio criminis*, ou impedir que ela atinja indevidamente, pela antecipação de medidas preventivas, o direito de liberdade”.<sup>201</sup>

A discussão é controversa<sup>202</sup> e é certo que, desde o marco legal brasileiro, não se pode falar em um *processo cautelar penal* autônomo. Ressalta CAMPOS BARROS que o mais importante, de qualquer forma, é considerar “que o escopo visado pelo processo cautelar é assegurar a conservação de um estado de fato e de direito, tendo em consideração a realização executiva do direito postulado”.<sup>203</sup>

Basta que se note que também os autores que negam a autonomia do processo cautelar admitem o mesmo escopo, com a diferença, apenas, que se trata do escopo de

<sup>198</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 16. Trad. Livre. No original: “un male necessario, espressione della umana imperfezione del nostro meccanismo giudiziario”.

<sup>199</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 17.

<sup>200</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 24. Exemplifica o autor: “A revisão criminal é uma ação penal de caráter constitutivo; (...) também o é aquela em que se pede a homologação de sentença penal estrangeira (...). Como ação penal declaratória, largamente usada, é de lembrar-se o *habeas corpus* motivado por persecução penal relativa a fato que não constitui crime”.

<sup>201</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 26. Também assim: JARDIM, Afrânio Silva. “Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal”. **Revista Justitia**, p. 111, embora reconheça não se poder falar em um processo cautelar autônomo a partir da legislação processual penal brasileira.

<sup>202</sup> De qualquer forma, vale o registro da posição de DE LUCA sobre a questão, cf. DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 140-141: “Il primo tentativo di dare alla tutela cautelare un fondamento autonomo, fu effettuato dal Chiovenda. (...). Fu appunto il Carnelutti il quale intuì per primo che il criterio, sul quale poggia la distinzione tra esecuzione e cognizione, è diverso da quello che serve a distinguere i provvedimenti cautelari dagli altri provvedimenti non cautelari. (...). La verità è che il processo cautelare non costituisce un *ens tertium* accanto al processo di esecuzione e al processo di cognizione, bensì un sottotipo di questo e di quello”.

<sup>203</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, p. 13.

*medidas cautelares*, ao invés de um *processo cautelar*, adotadas incidentalmente aos processos de conhecimento ou execução. Afirma TUCCI, por exemplo, que “o *processo cautelar*, postado numa situação especialíssima, diz com a necessidade de assecuração de um estado de fato ou do resultado de um processo de conhecimento, ou de execução, a iniciar-se, ou já em curso”<sup>204</sup>; não havendo, porém, processo *penal* cautelar, havendo tão-somente *medidas cautelares* passíveis de adoção tanto no processo de conhecimento como no de execução, as duas únicas modalidades de processo penal.<sup>205</sup>

Entende-se por *medidas cautelares* aqueles “atos de índole assecuratória e provisória”, dirigindo-se “em todos os casos por motivos de efetividade e para evitar que a atuação do Direito se converta em ilusão”.<sup>206</sup> Para FREDERICO MARQUES, as medidas cautelares, como um todo, são meio de *garantia* do resultado da tutela jurisdicional “a ser obtida por meio do processo”<sup>207</sup>, perante a ameaça de que a prestação jurisdicional visada se torne inócua.

As medidas cautelares processuais penais são correntemente classificadas segundo sua *diferença qualitativa quanto ao objeto de cautela*<sup>208</sup>; ou seja, em *pessoais* e *patrimoniais* ou *reais*<sup>209</sup>, aqui interessando as medidas de coerção pessoal, aquelas que, nas palavras de MANZINI, caracterizam uma específica limitação da liberdade decorrente de uma finalidade *processual penal*<sup>210</sup>:

A coerção processual é pessoal quando recai sobre as pessoas, afetando em alguma medida sua liberdade. (...). Restringe a liberdade física dos particulares que intervêm no processo, principalmente para lhes submeter a seu regime ou a um específico ato processual.<sup>211</sup>

<sup>204</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**, p. 234.

<sup>205</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**, p. 237.

<sup>206</sup> ROSSI, Jorge Eduardo Vásquez. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.II, p. 237. Trad. livre. No original: “actos de índole asegurativa y provisional”, “en todos los casos a motivos de efectividad y a evitar que la actuación del Derecho se convierta en ilusoria”.

<sup>207</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 31.

<sup>208</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 231.

<sup>209</sup> OLMEDO, Jorge Clariá. **Derecho Procesal Penal**, t.II, p. 351: “distingue-se em pessoal ou real segundo recaia sobre a pessoa afetando sua liberdade, ou sobre os bens, sujeitando-os aos fins processuais ou impedindo sua disponibilidade”. Trad. Livre. No original: “se distingue en personal o real según que recaiga sobre la persona afectando su libertad, o sobre los bienes sujetándolos a los fines procesales o impidiendo su disponibilidad”.

<sup>210</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. III, p. 554.

<sup>211</sup> OLMEDO, Jorge Clariá. **Derecho Procesal Penal**, t.II, p. 353. Trad. livre. No original: “La coerción procesal es personal cuando recae sobre las personas, afectando en alguna medida su libertad. (...). Restringe la libertad física de los particulares que intervienen en el proceso, principalmente para someterlos a su régimen o a un específico acto procesal”.

Deve haver, segundo CRISTIANI, a coexistência de pressupostos objetivos de caráter probatório, cautelar e substancial, consistentes “na *gravidade dos indícios, inderrogabilidade das exigências cautelares e relevância legal do crime imputado ou imputável*”<sup>212</sup>, este último referindo a um perigo de fuga.

Há *parâmetros normativos* dentro dos quais se enquadra e limita a utilização da prisão como medida cautelar. Tratam-se dos diversos *princípios* que pautam necessariamente todo juízo de valor acerca de sua aplicação. Dentre os já referidos por CALAMANDREI como os critérios *caracterizadores* da tutela cautelar (v. supra), a *instrumentalidade* aqui se manifesta no sentido de determinar a orientação da custódia cautelar segundo um critério de *excepcionalidade*, “fundada, sempre, em razões de *cautela*, quando revelada a *necessidade* da prisão, como única forma de preservação da eficácia e efetividade da jurisdição penal”.<sup>213</sup> A excepcionalidade obriga, neste sentido, tanto ao Poder Legislativo como ao Judiciário<sup>214</sup>, a fim que se assegure, sempre que possível, a utilização de medidas de coerção menos lesivas que a privação de liberdade.

Destaca-se o princípio da *proporcionalidade* como dos mais importantes nesta tentativa de *limitar* o exercício do poder através da custódia cautelar; segundo OLIVEIRA, “a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*”<sup>215</sup>. Em respeito, a decretação da medida deve ser absolutamente imprescindível (*ultima ratio*), estabelecendo-se o critério “a partir de um jogo entre a sanção real a se impor e a cautela efetiva”<sup>216</sup> ou, nas palavras de HASSEMER, desde uma *ponderação valorativa entre objetivo legítimo e efeitos não desejados*<sup>217</sup>, denominando a norma, por isso, como princípio de *proibição de excesso*.

<sup>212</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 233. Trad. livre. No original: “nella gravità degli indizi, inderogabilità delle esigenze cautelari e rilevanza editale del reato attribuito o attribuibile”.

<sup>213</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 74-75. V. também: MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**, p. 524 e ss.

<sup>214</sup> BOVINO, Alberto. El fallo ‘Suárez Roseo’. **Nueva Doctrina Penal**, p. 671.

<sup>215</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 416.

<sup>216</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 549. Trad. livre. No original: “a partir de un juego entre la sanción real a imponer y la cautela efectiva”. No mesmo sentido: DUCLERC, Elmir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: Diagnóstico crítico e alternativas de superação. **Constituição e Processo**, p. 100-101; SERGI, Natalia, Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. **Estudios sobre la justicia penal**, p. 478. Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade nas medidas cautelares, v. também: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública. Acesso à Justiça e Efetividade do Processo** (Coordenação de Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 221-258.

<sup>217</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 120.



Significa dizer que “a violência exercida como medida de coerção nunca pode ser maior que a violência que, eventualmente, se poderá exercer mediante a aplicação da pena”.<sup>218</sup>

Neste mesmo sentido SERGI propõe o princípio da *proibição de equivalência* entre pena e prisão preventiva, nos seguintes termos: “a prisão preventiva no Estado de Direito *nunca* pode equivaler à duração da pena, nem a sua qualidade. No Estado de direito, a medida cautelar deve ser diversa da pena, devendo ser tal equivalência evitada quanto à qualidade e quanto à quantidade”.<sup>219</sup> Quanto à *qualidade*, a inequivalência se manifesta na vedação da custódia cautelar quando a pena prevista para o delito imputado não é a privativa de liberdade, proibindo também que se dê o mesmo tratamento ao preso cautelar e ao condenado. O dado empírico trazido por HASSEMER apontando que mais de um terço dos presos cautelares não são condenados a uma pena privativa de liberdade<sup>220</sup> é uma demonstração de violação a este princípio. Quanto à inequivalência pela *quantidade*, trata-se de haver um prazo para a prisão processual *menor* do que a possível pena.

Seguindo-se nesta dimensão normativa e estrutural da tutela cautelar penal, tem-se enfim seu requisito e fundamento denominados, a princípio, a partir do léxico do processo civil, enquanto *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Pois foi tal doutrina muito difundida no Brasil, principalmente a partir de LIEBMAN e CALAMANDREI:

Sempre que a eficácia de uma decisão jurisdicional, atingível só por meio de um longo procedimento, corra o risco de ser diminuída ou anulada pelo retardamento ou *periculum in mora*, a medida cautelar, antecipando provisoriamente os efeitos da decisão principal, visa a fazer com que o pronunciamento final possa, a seu tempo, operar, íntegro, na coisa e sobre o mesmo estado de fato em que atuaria, se pudesse ser proferida imediatamente (...).<sup>221</sup>

<sup>218</sup> BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**, p. 151. V. também: SERGI, Natalia. La privación de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, p. 132; e FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del Diritto Processuale Penale**, t.I, p. 507: “O grau de perigo e portanto de urgência necessária para a atuação de uma cautela deve estar em proporção com seu custo, custo que é, obviamente, variável segundo variam as cautelas”. Trad. livre. No original: “Il grado del pericolo e quindi della urgenza necessaria per l’attuazione di una cautela deve essere in proporzione col costo della cautela stessa, costo che, come è ovvio, varia secondo il variare delle cautele”.

<sup>219</sup> SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. **Estudios sobre la justicia penal**, p. 480. Trad. livre. No original: “el encarcelamiento preventivo en el Estado de Derecho *nunca* puede equivaler a la duración de la pena, ni a su calidad. En el Estado de derecho, la medida cautelar debe ser inequivalente a la pena, y dicha equivalencia debe evitarse en calidad y cantidad”.

<sup>220</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 121.

<sup>221</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.I, p. 373.

O *fumus boni iuris* estaria na “prova da materialidade do crime e em indícios suficientes de autoria”<sup>222</sup>, e o *periculum in mora* no preenchimento de alguma das situações elencadas como possíveis hipóteses de prisão preventiva.<sup>223</sup>

Entretanto, sabe-se ser a mera transposição de categorias do processo civil para o processo penal inadequada e inoportuna, na medida em que se tem fenômenos distintos e disciplinas autônomas, cada qual com um objeto diverso.

Visando a utilização de categorias jurídicas próprias, fala-se não em “fumaça de bom direito” (*fumus boni iuris*), mas em *fumus delicti* porque no centro da medida cautelar penal não se encontra um direito, mas um delito, cuja probabilidade de ocorrência deverá ser aferida conforme sua *tipicidade aparente*, ou seja, “sua similitude com alguma daquelas descritas abstratamente no Código Penal”.<sup>224</sup>

O *fumus delicti* é, desta forma, requisito fundado em um *juízo de probabilidade*<sup>225</sup> acerca da ocorrência do delito, que constitui, por sua vez,

a existência de todos os requisitos positivos e a inexistência de todos os requisitos negativos do delito. [...]. Interpretando as palavras de Canelutti, requisitos positivos do delito significa prova de que a conduta é aparentemente *típica, ilícita e culpável*. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade...) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição etc).<sup>226</sup>

Segundo HASSEMER, não seria possível dizer que a forte suspeita do fato faz do acusado um “pouco-culpável”, porém “expressa que aquele contra qual ela se dirige está, do ponto de vista do direito penal, em uma posição totalmente diferente do terceiro não suspeito”.<sup>227</sup>

<sup>222</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 79.

<sup>223</sup> Elencadas, no Brasil, pelo art. 312 do CPP: “**Art.312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

<sup>224</sup> LOPES JR., Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. **Revista dos Tribunais**, v. 748, p. 454.

<sup>225</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 33.

<sup>226</sup> LOPES JR., Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. **Revista dos Tribunais**, v. 748, p. 454.

<sup>227</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 117. Trad. livre. No original: “expresa que aquel contra el cual ella se dirige se halla, desde el punto de vista del derecho penal, en una posición totalmente diferente que um tercero no sospechado”.

Acresce-se ao juízo de probabilidade sobre a existência e autoria do crime as *limitações* principiológicas referidas e aquelas decorrentes de determinação legal<sup>228</sup>, que podem restringir a incidência da possibilidade de aplicação da medida segundo critérios objetivos referentes à pena cominada.

No mesmo sentido, substitui-se o termo *periculum in mora* por *periculum libertatis*. Trata-se o primeiro de um conceito adequado às medidas cautelares reais no intuito de evitar que o atraso da prestação jurisdicional cause prejuízos injustos à parte interessada, situação bastante diversa dos fundamentos para a prisão cautelar extraídos dos fundamentos da prisão preventiva elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal:

Não obstante se poder dizer que a *passagem do tempo* também pode causar prejuízos “ao processo”<sup>229</sup>, mais correto parece ser se compreender o referido *periculum* como decorrente não exatamente da *mora* do processo, mas do estado de *liberdade* do acusado, vindo daí a denominação *periculum libertatis*.

É em tal dimensão que se inserem as principais controvérsias quanto à fundamentação das medidas cautelares no processo penal, e que mais permitem se refletir sobre suas *finalidades declaradas* e suas *funções reais*. Refletir sobre as hipóteses em que haveria *periculum libertatis* é abordar o que justifica a existência das medidas cautelares, significando, portanto, um estudo desde a perspectiva de sua *função*. Delimitando o objeto, é preciso tratar da *prisão* enquanto *meio de cautela*, passando em seguida à abordagem das situações nas quais se costuma visualizar *perigo* na manutenção da liberdade do imputado,

<sup>228</sup> Por exemplo, é o que se tem no art. 313 do CPP brasileiro, *verbis*: “Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão; II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal; IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Observa-se, contudo, que o próprio dispositivo inclui critérios de ordem *subjetiva* e não recepcionados pela Constituição, como, por exemplo, a aferição da “vadiagem” do réu. Sobre esta, v. BARLETTA, Junya Rodrigues. **Fundamentos críticos para a deslegitimação da prisão provisória**, p. 123-124.

<sup>229</sup> V. nesse sentido: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública. **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**, p. 237: “O *periculum in mora* continuaria contendo a noção de tempo tão cara à sistemática de Calamandrei, mas não como perigo do desproveito e, sim, como perigo pela demora do procedimento. Equivaleria ao receio pela passagem do tempo que haverá de decorrer para a conclusão da instrução criminal ou para a afirmação de uma sanção penal, diante da possibilidade de, nesse meio tempo, o réu destruir a prova, ou nela influir nela, bem como reunir os meios para furtar-se à lei penal. (...). A idéia da passagem do tempo perpassa sempre a necessidade de decretação das medidas cautelares penais. Consiste, sim, no perigo de liberdade, mas liberdade associada à passagem do tempo”.

a partir das quatro situações elencadas na legislação brasileiras e que em regra fundamentam a medida.

### 1.3. PRISÃO COMO MEIO DE CAUTELA

#### § 1º Prisão.

#### § 2º O princípio da presunção de inocência.

#### § 3º Prisão processual e prisão penal.

#### § 1º Prisão

Prisão é “pena privativa de liberdade imposta ao delinqüente, cumprida, mediante clausura, em estabelecimento penal para esse fim destinado”.<sup>230</sup> Prisão cautelar, a seu turno, é medida que “recai sobre o indivíduo, privando-o em sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva”<sup>231</sup>, sendo a principal espécie de medida cautelar *pessoal*.

São modalidades de prisão cautelar, em sentido amplo, a prisão em flagrante<sup>232</sup>, a prisão preventiva, a prisão temporária, e a prisão decorrente de pronúncia ou sentença penal condenatória não transitada em julgado.<sup>233</sup>

O recorte proposto como objeto do presente trabalho é a prisão como *meio de cautela*, no que se refere aos seus *fundamentos de existência*, dando menor atenção, conseqüentemente, às diversas espécies e às diferenças procedimentais e de tratamento presentes na legislação. Não se inclui neste objeto de estudo as limitações da liberdade menos rigorosas que também constituem formas de coerção pessoal<sup>234</sup>, dentre as quais a

<sup>230</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 38.

<sup>231</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 581.

<sup>232</sup> Esta é a posição da maior parte da doutrina, não obstante a consistente argumentação no sentido de ser a prisão em flagrante medida pré-cautelar, devido à precariedade decorrente da possibilidade dela ser realizada por particulares ou autoridade policial, sem ordem judicial; cf. LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 213; e também CHIAVARIO, Mario. **La riforma del processo penale**, p. 155.

<sup>233</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 41-42.

<sup>234</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**, t.I, p. 382-385.

citação coercitiva e medidas como proibição de se ausentar de determinado local, a abstenção de certa atividade, e assim por diante.

Por ser a modalidade de prisão cautelar mais utilizada, ou a *mais genuína*<sup>235</sup>, e pelo fato de seus *fundamentos* em regra servirem às outras, a prisão preventiva acaba sendo a principal referência, tomada como “o estado de privação de liberdade individual em que, para os fins do processo penal, vem a se encontrar o imputado (...)”<sup>236</sup>; ou ainda como a situação em que “*o acusado é privado de sua liberdade individual e mantido fisicamente (na prisão) à disposição contínua do poder judiciário em antecipação e em prevenção de sua futura (provável) condenação à pena detentiva*”.<sup>237</sup>

Sobre o termo “prisão preventiva”, nota-se que “o substantivo aparece em contraste dialético com o adjetivo: ‘prisão’ significa em nosso direito o instrumento executivo de uma pena detentiva tornada exeqüível (...), enquanto o adjetivo postula o caractere inconciliável da ‘provisoriade’”<sup>238</sup>. O importante, enfim, não é de qual modalidade legal se fala e sim dos fundamentos, que são comuns. Fala-se mais na prisão preventiva apenas porque as “circunstâncias que a autorizam se constituem na pedra de toque de toda e qualquer prisão processual”<sup>239</sup>, fazendo-a exercer uma verdadeira função *paradigmática*<sup>240</sup> na matéria.

## § 2º O princípio da presunção de inocência

*Prisão sem sentença e presunção de inocência* são noções a princípio contrapostas, na medida em que esta determina, sem considerar, por ora, as variações terminológicas, que

<sup>235</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. IV, p. 57.

<sup>236</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. III, p. 629. Trad. livre. No original: “el estado de privación de la libertad personal en que, a los fines del proceso penal, viene a encontrarse el imputado (...)”.

<sup>237</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del Diritto Processuale Penale**, t.I, p. 525-526. Trad. livre. No original: “*l'imputato viene privato della sua libertà personale e custodito fisicamente (in carcere) a continua disposizione dell'ufficio giudiziario in previsione e in prevenzione della sua futura (probabile) condanna a pena detentiva*”.

<sup>238</sup> DEL POZZO, Carlo Umberto. **Introduzione allo studio della libertà personale nel processo**, p. 59. Trad. livre. No original: “il sostantivo appare in contrasto dialettico con l'aggettivo: ‘carcerazione’ significa nel nostro diritto lo strumento esecutivo di una pena detentiva divenuta eseguibile (...), mentre l'aggettivo postula l'inconciliabile carattere della ‘provisoriade’”.

<sup>239</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 76.

<sup>240</sup> DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**, v. II, p. 181.

todo acusado deve ser presumido inocente até sentença condenatória transitada em julgado<sup>241</sup>.

Segundo DE LUCA, o princípio indicaria o suporte do *risco* pelo Estado, sendo conceitualmente equiparável à noção de *antecipação*:

A presunção não passa da projeção – na esfera subjetiva – da antecipação: a mesma etimologia das duas palavras denota sua equivalência conceitual. Da antecipação nasce o risco: a presunção é o instrumento ou, se quisermos, o expediente idôneo a resolver o problema de sua repartição.<sup>242</sup>

Ora, se a tutela cautelar expressa um conflito de interesses decorrente da repartição dos riscos inerentes à antecipação do resultado, e o mecanismo de solução é a presunção de inocência, poder-se-ia cogitar que se estaria a considerar a prisão antes da sentença e o princípio de inocência absolutamente incompatíveis. Muito se discute, entretanto, sobre seu significado, tendo em vista a utilização de ao menos duas formas diferentes de expressão, ora como uma presunção efetivamente “*de inocência*”, ora de mera “*não culpabilidade*”. As duas concepções têm significados diferentes, decorrentes de uma *questão de ênfase*<sup>243</sup>: na “presunção de inocência” se veria o processo como “máquina aflitiva” e o escopo seria a não estigmatização do acusado, enquanto na “presunção de não culpabilidade” se teria tão-somente uma ponderação referente ao ônus da prova.

O tratamento do acusado como efetivamente *inocente*, que corresponde à primeira concepção citada, é um postulado político próprio da reforma humanista penal e processual penal.<sup>244</sup> Contemporânea à Escola Clássica, a noção foi posteriormente contestada, primeiramente, pela criminologia positivista, em seus pressupostos científicos<sup>245</sup>, e em seguida pelos teóricos ligados a regimes autoritários, em seus fundamentos políticos.

<sup>241</sup> Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o princípio vem assim disposto: “Art. 5º, LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>242</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 43. Trad. livre. No original: “La presunzione non è che la proiezione – nella sfera soggettiva – della anticipazione: la stessa etimologia delle due parole sta a denotare la loro equivalenza concettuale. Dalla anticipazione nasce il rischio: la presunzione è lo strumento o, se vogliamo, l’espedito idoneo a risolvere il problema della sua ripartizione”.

<sup>243</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 258.

<sup>244</sup> V. por todos BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 69: “Um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida”.

<sup>245</sup> Vide nesse sentido: GAROFALO, Raffaele. **La Criminologie**, p. 395 e ss.; V. sobre o assunto: FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 560-561; GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 1174-1175; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. II, p. 33-37.

Por todos, dentre tais autores, Vincenzo MANZINI (ligado ao governo fascista de Bento Mussolini que comandou a Itália a partir de 1922) foi o principal responsável pela prevalência da compreensão do princípio como de mera “não culpabilidade”, que é inclusive o texto da Constituição brasileira (art. 5º, LVII, *supracitado*) e também da italiana.<sup>246</sup> Falar em se *presumir um acusado inocente*, para MANZINI, seria paradoxal e irracional, uma “extravagância” oriunda dos princípios da Revolução Francesa interpretados de forma exagerada:

Se é presumida a inocência do imputado, pergunta o bom senso, por que então contra ele proceder? (...). A indicada presunção de inocência não é justificável sequer mesmo como correlativo da obrigação de provar a acusação que incumbe ao acusador, seja porque de tal obrigação não se segue necessariamente que o imputado deva ser presumido inocente (...), seja porque a prova do crime pode ser adquirida por iniciativa do juiz, seja porque, enfim, normalmente ocorre que o próprio imputado trate de provar sua inocência.<sup>247</sup>

Não haveria, assim, qualquer presunção válida, já que “enquanto houver um processo em curso (...) não há nem um culpado nem um inocente, mas apenas um indiciado”.<sup>248</sup> Anote-se que não se deixa de admitir o *in dubio pro reo* enquanto mero

<sup>246</sup> Art. 27.2. “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

<sup>247</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 254-255. Trad. livre. No original: “Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, por qué entonces proceder contra él? (...). La indicada presunción de inocencia no es justificable siquiera ni aun como correlativo de la obligación de probar la acusación que incumbe al acusador, ya porque de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, (...), ya porque la prueba de la delincuencia puede adquirirse por iniciativa del juez, ya, en fin, porque normalmente ocurre que el imputado mismo trate de probar su propia inocencia”.

<sup>248</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 255. Trad. livre. No original: “mientras hay un proceso en curso (...) no hay ni un culpable ni un inocente, sino sólo un indiciado”. No mesmo sentido, GAROFALO, Raffaele. **La Criminologie**, p. 397 e ss.; e no Brasil, v. autores antigos e modernos, respectivamente: ALMEIDA JR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, v. I, p. 379 e ss. e RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 24-25. Vale o registro das ponderações de PEZZATINI, que concorda em parte com MANZINI, cf. PEZZATINI, Pompeo. **La custodia preventiva**, p. 218-219: “Deve-se por isso concordar com Manzini que do ponto de vista lógico é antitético presumir a inocência de quem vem a ser perseguido e preso. (...). Mas o erro de Manzini está na visão restrita de uma norma constitucional, a qual tem uma função e uma finalidade muito transcendente ao significado do vocábulo. (...). Direi, realmente, que é porque o exercício mesmo da ação penal, e o conjunto de indícios contra o imputado, fazem pensar e presumir que seja culpado (enquanto poderia não ser), que todas as constituições liberais proclamam solenemente o princípio oposto da presunção de inocência ate condenação definitiva. Esta afirmação solene é em função político-social e vale como princípio programático-normativo. Tem a finalidade de equilibrar a presunção lógica inversa que, concretamente, o estado de imputação reflete sobre o suspeito”. Trad. livre. No original: “Si deve perciò convenire col Manzini che dal punto di vista logico è antitetico presumere l'innocenza di chi viene perseguito ed arrestato. (...). Ma l'errore del Manzini sta nella visione ristretta di una norma costituzionale, la quale ha una funzione ed un fine di gran lunga transcendente il significato del vocabolo. (...). Dirò, anzi, che è proprio perchè lo stesso esercizio dell'azione penale, ed il concorso degli indizi a carico dell'imputato, fanno pensare e presumere che egli sia colpevole (mentre ciò potrebbe non essere), che tutte le Costituzioni liberali proclamano con solennità il principio opposto della

critério interpretativo<sup>249</sup>, determinando que, havendo dúvida, prevaleça o interesse protetor da liberdade individual. A questão é que, com tal concepção, “a imputação (...) por si só justificaria uma espécie de *deminutio capitis* do cidadão, dando vida a um *status* intermédio entre esses e o condenado”.<sup>250</sup>

Por outro lado, em trabalho específico sobre a *fungibilidade* entre as duas formulações, GAROFOLI defende haver uma similitude do ponto de vista *lógico*, ao buscar o referencial semântico para “*non colpevole*” na própria definição de “*colpevole*”.<sup>251</sup> Seu argumento é o seguinte: se “não culpado” significasse tão-somente “imputado” (esse estágio *entre inocência e culpa*, conforme dissera MANZINI), poder-se-ia ler a norma constitucional assim: “o imputado é considerado *imputado* até a sentença definitiva”,<sup>252</sup> o que seria uma tautologia sem qualquer sentido.

Nesta esteira, têm-se diplomas legais cujas redações falam expressamente em presunção *de inocência*, como, por exemplo, a própria “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”<sup>253</sup>, marco histórico do ápice da revolução burguesa; o art. 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948<sup>254</sup>; e o art. 8.2. do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)<sup>255</sup>, com vigência no Brasil desde o Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, que o incorporou ao ordenamento jurídico nacional.

presunzione di innocenza del giudicabile fino a sentenza definitiva. Questa affermazione solenne è in funzione politico-sociale e vale come principio programmatico e normativo. Essa ha il fine di bilanciare la presunzione logica inversa che, in concreto, *lo stato de imputazione* riflette sul sospettato colpevole”.

<sup>249</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 257.

<sup>250</sup> GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 1183. Trad. livre. No original: “l’imputazione (...) giustificerebbe da sola una sorta di *deminutio capitis* del cittadino, dando vita ad uno *status* intermedio tra questi e il condannato”.

<sup>251</sup> V. seu raciocínio, na íntegra, em: GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 1189-1193.

<sup>252</sup> GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 1191.

<sup>253</sup> “Art. IX. Qualquer homem é presumido inocente, se é julgado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário para assegurar sua integridade física deve ser severamente reprimido pela lei”. Trad. livre. No original: “Art. IX. Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

<sup>254</sup> Art. 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

<sup>255</sup> Art. 8.2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Ver sobre: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da



Segundo GOMES FILHO, o princípio, considerando o contexto da Declaração de 1789, significou “uma atitude emocional de repúdio ao sistema processual até então vigente”<sup>256</sup>, contendo um duplo significado: regra processual relativa à apreciação da prova no momento da decisão (*in dubio pro reo*) e princípio que impede a limitação da liberdade antes da condenação, *salvo os casos de absoluta necessidade*.<sup>257</sup>

Segundo RUBIANES, a aplicação do princípio de inocência se dá por três perspectivas: primeiramente em uma interpretação restritiva das normas que autorizam a prisão cautelar e uma interpretação extensiva das que favorecem a liberdade do acusado; em segundo lugar, quanto ao ônus da prova, que caberia apenas à acusação; e por fim, mediante a exigência, para a condenação, de um juízo *de certeza*, sob pena de absolvição desde o princípio do *in dubio pro reo*.<sup>258</sup> Neste ponto, afirma BETTIOL que o princípio implica à acusação um *ônus da prova em sentido material* referente aos *limites intelectuais* da investigação jurídica, “já que o juiz pode, em dado momento e apesar de toda a sua vontade e esforço, defrontar um insanável estado de dúvida em relação à existência de qualquer facto com relevo penal”<sup>259</sup>, devendo, se houver dúvida, sempre decidir a favor do acusado.

Indo além, porém, de um sentido puramente técnico referido tão-somente à necessidade de prova, a perspectiva que privilegia o conteúdo político do princípio compreendendo a presunção como um estado de ânimo frente ao acusado e uma *norma de comportamento* a informar todo o processo penal:

Sob esse enfoque, a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo “justo”.<sup>260</sup>

---

Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, p. 30.

<sup>256</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, p. 35-36.

<sup>257</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, p. 31; e, do mesmo autor: **Presunção de inocência e prisão cautelar**, p. 41 e ss. V. também: CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**, p. 25 e ss.

<sup>258</sup> RUBIANES, Carlos. **Manual de Derecho Procesal Penal**, v. I, p. 79-80.

<sup>259</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**, p. 299.

<sup>260</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, p. 37.

Em outras palavras, “significa abraçar uma específica visão processual e juntamente uma filosofia política, na qual assume lugar central a relação entre indivíduo e poder”.<sup>261</sup> A *redução* do princípio da presunção de inocência à máxima do *in dubio pro reo* pouco ou nada significaria, mesmo porque tal regra de apreciação da prova é um postulado comum aos mais variados sistemas processuais, inclusive a alguns de nítida coloração autoritária.<sup>262</sup>

A compreensão da presunção de inocência como regra de tratamento e não apenas de convencimento<sup>263</sup> tem diversas conseqüências no âmbito extraprocessual, como, apenas para exemplificar, a imposição de um tratamento respeitoso ao acusado e a restrição ao uso de algemas. Inclui-se a diferenciação que se faz também entre um ponto de vista *extrínseco formal*, segundo o qual a presunção de inocência é direito constitucional fundamental; e um ponto de vista *intrínseco processual*, no qual se trata de direito de natureza processual, com repercussão na produção de provas.<sup>264</sup>

Sob a ótica *garantista*, FERRAJOLI aborda a questão desde a premissa de que *não punir inocentes* é a mais importante garantia a ser efetivada pelo processo penal.<sup>265</sup> É por isso que afirma ILLUMINATI ser a presunção de inocência um princípio que reuniria, de forma coerente, as demais garantias individuais do ordenamento processual moderno, afirmando que o “direito à defesa e ao contraditório, a inviolabilidade da liberdade pessoal, a reserva de jurisdição e a imparcialidade do juiz podem, sem esforço, verem-se resumidos na presunção de inocência do acusado; ou encontrarem nesta, de qualquer forma, a motivação de fundo e o elemento unificador”.<sup>266</sup>

<sup>261</sup> GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 1171. Trad. livre. No original: “significa abbracciare una specifica visuale processuale ed insieme una filosofia politica, ove assume un ruolo centrale il rapporto tra individuo e potere”.

<sup>262</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, p. 39.

<sup>263</sup> V. GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais**, p. 385-386; e também: ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 935: “Si ritiene attualmente che la presunzione d’innocenza abbia un significato (almeno) duplice: regola di trattamento dell’imputato; regola de giudizio. Nel primo senso si riferisce alla condizione dell’imputato e, in particolare, alla sua libertà personale; nel secondo attiene al settore delle prove e della decisione sul fatto, come criterio per l’acquisizione del materiale probatorio e della sua valutazione”.

<sup>264</sup> GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais**, p. 382.

<sup>265</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 559.

<sup>266</sup> ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 925. Trad. livre. No original: “Il diritto alla difesa e al contraddittorio, l’invulnerabilità della libertà personale, la riserva di giurisdizione e l’imparzialità del

Confere-se ao princípio de inocência, desta forma, a capacidade de concretizar o processo enquanto dotado de uma *instrumentalidade garantista*<sup>267</sup>, no sentido de servir como limite ao poder do Estado e vedando, logicamente, qualquer punição antecipada. Esta é a concepção mais adequada ao Estado Democrático de Direito, exatamente por resguardar a importância de servir como mecanismo de controle e limite ao poder. Foi, por isso, denominada por NOBILI como o *coração* do processo penal; o mesmo autor observa, entretanto:

Regra áurea é aquela pela qual o processo deve ser apenas accertamento e não sanção; não instrumento ‘anticipado’ de controle social. Infelizmente tal regra, a mais importante de todas, é também a mais maltratada e traída do nosso sistema judiciário. Assim, as medidas cautelares e de coerção preventiva não são, não devem ser jamais usadas como sanção antecipada (...). Finalidades constitucionalmente legítimas da prisão preventiva, concluindo, são apenas aquelas que se diversificam da função sancionatória.<sup>268</sup>

O que se vê é que, perante o instituto da prisão cautelar, em nenhum momento teve força qualquer proposta de aboli-la<sup>269</sup>, mesmo se admitindo sua *incompatibilidade lógica*<sup>270</sup>: em seu lugar, *compatibilizou-se o discurso* mediante a vedação de sua utilização como *castigo*. Para tanto é que se estabelecem princípios, limites e condições, conforme o contexto político do respectivo local e período histórico. Dentre tais limites, destacam-se a exigência do crivo jurisdicional, do respeito aos princípios *supra* referidos e da existência de um fundamento legítimo, quando tendo *natureza cautelar*.

### § 3º Prisão processual e prisão penal

---

giudice possono, senza sforzo, vedersi riassunte nella presunzione d'innocenza dell'imputato, o comunque in essa trovano la motivazione di fondo e l'elemento unificatore”.

<sup>267</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 9-10.

<sup>268</sup> NOBILI, Massimo. **La nuova procedura penale**, p. 39. Trad. livre. No original: “Regola aurea è quella per cui il procedimento deve essere solo accertamento e non sanzione; non strumento ‘anticipato’ di controllo sociale. Purtroppo questa regola aurea, la più importante di tutte, è anche la più bistrattata e tradita dal nostro sistema giudiziario. Dunque le misure cautelari e di coercizione preventiva non sono, non devono mai essere usate come una sanzione anticipata (...). Finalità costituzionalmente legittime della carcerazione preventiva, per concludere, sono soltanto quelle che si diversificano da una funzione sanzionatoria”.

<sup>269</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**, p. 511; e também: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, p. 33.

<sup>270</sup> PEZZATINI, Pompeo. **La custodia preventiva**, p. 222.

Segundo FERRAJOLI, “a história da prisão cautelar do imputado aguardando julgamento é estritamente conexa àquela do princípio da presunção de inocência”.<sup>271</sup> Sabe-se, porém, que a presunção de inocência é antes de tudo um postulado político próprio da experiência *moderna* e do pensamento *iluminista*, fruto de um período no qual muito se criticou o instituto da custódia cautelar e se defendeu que a *regra* deveria ser responder ao processo em liberdade. Ao se pôr a regra, admitiu-se a exceção: nesta esteira, a “presunção de inocência não obsta que o indivíduo seja preso antes da sentença final, mas implica determinar que tais prisões obedeçam à disciplina de ser uma medida cautelar”.<sup>272</sup>

O limite da crítica, como apontado nas primeiras palavras da introdução, é o argumento de que se trataria de um “mal necessário”. Ora, perante algo posto como desde logo necessário, é evidente que se não discute seu fundamento de existência, mas apenas o que se pode fazer para *minimizar* os danos, na medida do possível. A conclusão foi pela *não vedação da prisão cautelar desde que ela não significasse uma antecipação da punição* sendo, no caso, uma prisão *processual*, que não pressupõe a culpa do acusado nem cumpre qualquer das finalidades atribuídas à pena de reclusão. Enfim, “somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade”.<sup>273</sup> No mesmo sentido, “as prisões processuais não foram exatamente abolidas, mas só poderão persistir enquanto cumpram alguma função *cautelar*, isto é, enquanto sirvam realmente para garantir o resultado útil do processo penal de conhecimento”.<sup>274</sup>

Desta forma, a distinção entre uma prisão *penal* e outra *processual* foi a única saída para se justificar, na teoria, um *postulado* como o da presunção de inocência e uma medida como a prisão cautelar. Não haveria contradição em se falar de um “estado de inocência” simultaneamente a uma “presunção de culpabilidade”, na medida em que esta última “apenas acarreta uma atribuição, um ataque a sua inocência que não a destrói, mas apenas a

<sup>271</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 562. Trad. livre. No original: “la storia della detenzione cautelare dell’imputato in pendenza di giudizio è strettamente connessa a quella del principio della presunzione d’innocenza”.

<sup>272</sup> CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**, p. 257.

<sup>273</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 432.

<sup>274</sup> DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**, v. I, p. 46.

põe em incerteza, já que apenas será culpável se esse ataque tem êxito, obtendo a certeza oficial, mediante uma sentença definitiva”.<sup>275</sup>

Perante a tradicional terminologia que distingue entre “cárcere de custódia” e “cárcere pena”, FREDERICO MARQUES prefere inserir ambas dentro do conceito de prisão penal em sentido amplo, deixando para denominar “prisão processual” os casos em que o juiz a decreta exercendo os poderes de coerção derivados da jurisdição.<sup>276</sup> A prisão penal, por sua vez, poderia ser “*ad poenam e ad custodiam*”: no primeiro caso, temos a *prisão penal propriamente dita*, isto é, a prisão como pena ou sanção específica decorrente da violação ou ameaça de um bem jurídico penalmente tutelado; no segundo caso, temos a *prisão penal cautelar*”.<sup>277</sup>

Seja como for, a posição dominante é no sentido de que haveria uma prisão de natureza processual tutelando “os meios e os fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada a final e possibilitar a normalidade da instrução probatória”.<sup>278</sup> Segundo tal posição, é possível restringir a utilização da prisão processual aos casos em que se faz presente uma finalidade estritamente instrumental<sup>279</sup>.

No mesmo sentido a posição de MANZINI, quem escreveu que a prisão cautelar “*não é pena*, não tem nenhum de seus caracteres, ainda que produza o efeito de privar a liberdade pessoal do indivíduo”.<sup>280</sup> Pode-se dizer que a consolidação da diferenciação entre *prisões*, umas *processuais* e outras *penais*, da forma que perdura até hoje, deve suas premissas ao pensamento clássico liberal. Os mesmos autores que em um primeiro momento criticam com rigor o instituto da custódia cautelar, em seguida a aceitam quando

<sup>275</sup> RUBIANES, Carlos. **Manual de Derecho Procesal Penal**, v. I, p. 79. Trad. livre. No original: “sólo entraña una atribución, un ataque a su inocencia, que no la destruye, sino que solamente la pone en incertidumbre, ya que sólo será culpable si ese ataque tiene éxito, obteniendo la certeza oficial, mediante una sentencia definitiva”.

<sup>276</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 40.

<sup>277</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 41.

<sup>278</sup> KARAM, Maria Lúcia. “Prisão e liberdade processuais”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 84.

<sup>279</sup> LOPES JR., Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. **Revista dos Tribunais**, v. 748, p. 451. No mesmo sentido: SERGI, Natalia. La privación de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, p. 128; MAIER, Julio B. J. La gravedad y la repercusión social del hecho como fundamento del encarcelamiento preventivo obligatorio en el proceso penal. **Doctrina Penal**, p. 66; ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva en um Estado de Derecho. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**, p. 56.

<sup>280</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. III, p. 630.

devidamente respeitados determinados *limites*<sup>281</sup> dentro dos quais a coerção pessoal seria justificável e não violaria o princípio de inocência, tudo a partir de *funções* ou *finalidades* eminentemente *processuais atribuídas* à custódia.<sup>282</sup> As referências trazidas por FERRAJOLI são muito claras neste sentido, que além de citar BECCARIA, HOBBS e VOLTAIRE ainda aponta:

Do mesmo modo, Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Bentham, Constant, Lauzé di Peret e Carrara denunciam com força a atrocidade, a ‘barbárie’, a ‘injustiça’ e a ‘imoralidade’ do cárcere preventivo, reclamando sua limitação, seja quanto à duração, seja em seus pressupostos, limitados às ‘necessidades estritas’ do processo. Nenhum deles, porém, chega a pedir coerentemente a supressão do vergonhoso instituto: (...). A consequência desta resignada legitimação foi que a prisão preventiva, depois da viragem autoritária e inquisitória da cultura penal oitocentista, radicou-se profundamente em todos os ordenamentos europeus: aparecendo nas cartas constitucionais, consolidando-se e se estendendo na prática, até alcançar a notável dimensão patológica atual.<sup>283</sup>

<sup>281</sup> CLARÍA OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**, t.II, p. 353.

<sup>282</sup> Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.IV, p. 39: “Para melhor compreensão da matéria, vejamos que funções se ligam à prisão, isto é, quais os fins que ditam essa providência coativa que atinge o direito de liberdade. E, sob esse aspecto, a prisão pode ser sanção penal, sanção disciplinar, medida cautelar e medida compulsória”; e também CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 258: “Esclusa toda função criptopenal, em senso repressivo ou preventivo, restam os usos cautelares relativos a dois possíveis perigos: que o imputado prejudique o trabalho instrutório, ou seja, interfira nas pessoas ou coisas ou mesmo frustre inspeções, persecuções, reconhecimentos, confrontos (apenas os atos aos quais é coativamente exposto); ou, desaparecendo, impeça a execução de eventual condenação à pena detentiva. Qualquer outra finalidade sai do modelo constitucional. Corolários óbvios”. Trad. livre. No original: “Esclusa ogni funzione criptopenale, in senso repressivo o preventivo, restano gli usi cautelari relativi a due possibili pericoli: che l’imputato nuoccia al lavoro istruttorio ossia interferisca su persone o cose ovvero eluda ispezioni, persiquizioni, ricognizioni, confronti (i soli atti a cui sia coativamente esposto); o, sparendo, impedisca l’esecuzione dell’eventuale condanna a pena detentiva. Qualunque altro fine evade dal modello costituzionale. Corollari ovvi”.

<sup>283</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 562-563. Trad. livre. No original: “Analogamente Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Bentham, Constant, Lauzé di Peret e Carrara denunciano con forza l’atrocità, la ‘barbarie’, l’‘ingiustizia’ e l’‘immoralità’ del carcere preventivo, reclamandone la limitazione, sia nella durata che nei presupposti, alle ‘strette necessità’ del processo. Nessuno di costoro, tuttavia, giunse a chiedere coerentemente la soppressione del vituperato istituto: (...). La conseguenza di questa rassegnata legittimazione è stata che la carcerazione preventiva, dopo la svolta autoritaria e inquisitoria della cultura penale ottocentista, si è radicata profondamente in tutti gli ordinamenti europei: comparando nelle carte costituzionali, consolidandosi nei codici ed estendendosi nelle prassi, fino a raggiungere le ben note dimensioni patologiche odierne”. E conclui: “Em suma, embora em nome de ‘necessidades’ diversas e por vezes invocadas cada uma como exclusivas – apenas o perigo de fuga, ou apenas o risco de deturpação das provas, ou ambos os perigos juntos, ou a simples gravidade do delito e a necessidade de prevenção, ou conjuntamente os perigos de natureza processual e de natureza penal – a custódia preventiva restou por ser justificada por todo o pensamento liberal clássico”. Trad. livre. No original: “Insomma, benché in nome di ‘necessità’ diverse e talora invocate ognuna come esclusiva – il solo pericolo di fuga, o il solo rischio d’inquinamento delle prove, o ambedue questi pericoli insieme, o la semplice gravità del delitto contestato e la necessità di prevenzione, o congiuntamente i pericoli di natura processuale e quelli di natura penale – la custodia preventiva ha finito per essere giustificata da tutto il pensiero liberale classico”.

Segundo BECCARIA, de fato, “a duração do recolhimento ao cárcere só pode ser a necessária para impedir a fuga, ou para que não sejam ocultadas as provas dos delitos”.<sup>284</sup> Ressaltando-se, portanto, o caráter excepcional da medida e sua limitação a uma finalidade estritamente instrumental, resta-se por encontrar na definição da *finalidade perseguida* a única possibilidade de distinção entre a prisão cautelar e a pena propriamente dita, sem ignorar que ambas representam a total privação da liberdade, “que é a máxima sanção existente em nosso ordenamento”.<sup>285</sup> BENTHAM, por sua vez, chama *simple prisão* aquela que visa evitar a fuga do acusado, distinguindo-a da *prisão aflitiva* ou *penal*.<sup>286</sup>

O objeto da tutela seria, nesse caso, a garantia de um normal desenvolvimento do processo, sendo cautelar e legítima apenas a medida a esse fim destinada<sup>287</sup>. No mesmo sentido:

Isto significa que as medidas restritivas podem ser admitidas exclusivamente – e sempre como exceção – nos casos em que esteja efetivamente presente a exigência de proteção dos interesses que se sustentam nas finalidades que podem ser legitimamente perseguidas, desgarradas dos intentos punitivos. O resultado é, ou deveria ser, a certeza de que o acusado não seja submetido à privação de sua liberdade em função de uma pena antecipada, apenas porque se julga provável a sua culpa.<sup>288</sup>

O diferencial da prisão preventiva, para DE LUCA, é que esta não representa um sofrimento qualificado por uma finalidade expiatória ou retributiva, mas é explicada como “antecipação da pena, do ponto de vista da estrutura, enquanto do ponto de vista teleológico se diferencia, sendo caracterizada por um escopo de *garantia*”<sup>289</sup>, ou seja, para garantir a atuação da própria pena, quando presente o fundamento do *periculum in mora*.

<sup>284</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 79.

<sup>285</sup> ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 958.

<sup>286</sup> BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**, p. 77.

<sup>287</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 203.

<sup>288</sup> ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista di Diritto e Procedura Penale**, p. 959. Trad. livre. No original: “Ciò sta a significare che le misure restrittive potranno essere ammesse esclusivamente – e sempre in via eccezionale – nei casi in cui sia effettivamente presente l’esigenza di salvaguardare quegli interessi che si sostanziano nelle finalità legittimamente perseguibili, sganciate da intenti punitivi. Il risultato è, o dovrebbe essere, la certezza che l’imputato non sia sottoposto a privazione della libertà personale in funzione di pena anticipata, solo perché si ritiene probabile la sua colpevolezza”.

<sup>289</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 38. Trad. livre. No original: “anticipazione della pena, dal lato della struttura, mentre dal punto di vista teleologico se ne distacca, essendo caratterizzata da uno scopo di *garanzia*”.

Ora, DE LUCA não hesita em admitir que há, efetivamente, uma identidade estrutural<sup>290</sup>, inclusive com consequências práticas<sup>291</sup> entre prisão cautelar e pena de prisão. A diferença seria, essencialmente, *teleológica*, ou seja, residiria na *função*, sendo esta voltada não ao crime cometido ou ao accertamento do caso penal, mas tão-somente à existência do *periculum* em se mantendo livre o acusado:

Uma relação de causalidade, ao contrário, não se estabelece diretamente entre o crime aparente e a medida cautelar: o accertamento da provável existência do crime serve para fundar uma presunção *ex lege* de existência do *periculum in mora*, o qual, por sua vez, servirá para fundar o poder e a medida cautelar. Em outras palavras, a prisão preventiva não é aplicada porque foi cometido o crime; não porque o crime foi accertado, mesmo como juízo de probabilidade, mas, sobretudo porque tal accertamento envolve uma presunção *ex lege* da existência do *periculum in mora*.<sup>292</sup>

O italiano faz a analogia com a posse e a propriedade para explicar a relação entre direito processual e substantivo no âmbito da prisão:

---

<sup>290</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 131: “Mas é verdade que o cárcere preventivo se identifica estruturalmente com a pena: no que consiste o resultado daquele fenômeno de antecipação, que estudamos no capítulo antecedente. Todavia, apesar de tal identidade, a tutela cautelar é fundada sobre pressupostos diversos daquele sobre os quais se embasa a tutela definitiva. A primeira traz sua justificação na existência de indícios suficientes de culpa; a segunda da existência de provas da culpa”. Trad. livre. No original: “È bensì vero che la carcerazione preventiva si identifica strutturalmente con la pena: in che consiste il risultato di quel fenomeno di anticipazione, che abbiamo messo in luce nei capitoli precedenti. Tuttavia, ad onta di questa identità, la tutela cautelare si fonda su presupposti diversi da quelli su cui basa la tutela definitiva. La prima trae la sua giustificazione dall’esistenza di sufficienti indizi di colpevolezza; la seconda dall’esistenza delle prove di colpevolezza”. No mesmo sentido, v. DEL POZZO, Carlo Umberto. **Introduzione allo studio della libertà personale nel processo**, p. 59: “será suficiente recordar que seu resultado prático se resolve na antecipação jurídica de determinados efeitos da pena detentiva; e mais concretamente na privação provisória da liberdade do imputado, o qual vem custodiado e isolado nos estabelecimentos destinados, com regime quase igual (se não idêntico) ao dos condenados em expiação de pena”. Trad. livre. No original: “sarà sufficiente ricordare che il suo risultato pratico si risolve nell’anticipazione giuridica di taluni effetti della pena detentiva; e più concretamente nella provvisoria privazione di libertà personale dell’imputato, il quale viene custodito ed isolato negli stabilimenti a ciò destinati, con regime pressochè uguale (anche se non identico) a quello dei condannati in espiazione di pena”.

<sup>291</sup> Vide, nesse sentido, o princípio da *detração* presente no Código Penal brasileiro (“Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”); também a Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84) e a determinação de aplicação das normas da lei ao preso provisório (“Art. 2º, Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária” e “Art. 42. Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção”).

<sup>292</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 187-188. Trad. livre. No original: “Un rapporto di causalità invece non si stabilisce direttamente tra il reato apparente e la misura cautelare: l’accertamento della probabile esistenza del reato serve a fondare una presunzione *ex lege* dell’esistenza del *periculum in mora*, il quale a sua volta servirà a fondare il potere e la misura cautelare. In altre parole la carcerazione preventiva è inflitta non perchè il reato è stato commesso; non perchè il reato è stato accertato, sia pure alla stregua di un giudizio di probabilità, ma soprattutto perchè tale accertamento involge una presunzione *ex lege* dell’esistenza del *periculum in mora*”.



Não há qualquer dúvida que a posse se identifica, estruturalmente, com a propriedade: o possuidor goza do bem como o proprietário. Todavia, os dois institutos se diversificam quanto a sua qualificação jurídica, sendo diverso o fundamento sobre qual repousa a tutela da posse e aquele sobre quem incide a tutela da propriedade (...). Também a tutela possessória, assim como a cautela, é dada na base de pressupostos que por si só não seriam idôneos a fundamentar um direito de propriedade: apesar disso, posse e propriedade se identificam no aspecto estrutural.<sup>293</sup>

Na mesma esteira, VÁSQUEZ ROSSI observa que “ainda que a prática leve a similitudes, senão a coincidências diretas ou identificações, as razões que explicam a coação como consequência da aplicação do Direito substantivo são diversas das que pretendem avalizar as relativas ao cumprimento dos fins processuais”.<sup>294</sup>

Quer-se, porém, problematizar este discurso nos capítulos seguintes. Em primeiro lugar, porque dentro de uma concepção de processo como *mediação pela linguagem* para o acerto do caso penal, como referido, torna-se insustentável adotar como premissa que este *processo* possa ter *necessidades próprias*; quanto mais, necessidades *preponderantes* sobre o direito fundamental à liberdade. Tal premissa, no sentido de ser a prisão cautelar uma “espécie de autodefesa do próprio ordenamento jurídico, ante o perigo de que seja burlado”<sup>295</sup> é concebível apenas dentro de uma estrutura na qual se opere pela filosofia da consciência, mesmo porque apenas em tal âmbito se crerá, em um ato de fé, que os muitos (e importantíssimos) princípios limitadores serão suficientes para se coibir a utilização abusiva do instituto.

Ocorre o que afirma ZAFFARONI, em obra recente, observando com contundência que “as elaborações no âmbito do direito processual são as que legitimam os confinamentos cautelares e esgotam a maior parte do exercício do poder punitivo repressivo”.<sup>296</sup> Isto se dá, segundo o autor, especialmente através da oposição entre teses *substantivistas* e *processualistas*: a primeira, própria dos regimes autoritários, aceitando a antecipação da

<sup>293</sup> DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 39. Trad. livre. No original: “Non vi è dubbio che il possesso, dal lato strutturale, si identifica con la proprietà: il possessore gode del bene al pari del proprietario. Tuttavia i due istituti si diversificano in ordine alla loro qualificazione giuridica, diverso essendo il fondamento su cui poggia la tutela del possesso e quello su cui si impernia la tutela della proprietà (...). Anche la tutela possessoria, al pari della cautela, è data sulla base di presupposti che di per sé soli non sarebbero idonei a fondare un diritto di proprietà: ciononpertanto possesso e proprietà si identificano dal lato della struttura”.

<sup>294</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.II, p. 245. Trad. livre. No original: “aunque la práctica lleve a similitudes, si no a directas coincidencias o identificaciones, las razones que explican la coacción como consecuencia de la aplicación del Derecho sustantivo son diversas de las que pretenden avalar las relativas al cumplimiento de los fines procesales”.

<sup>295</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. II, p. 479. Trad. livre. No original: “especie de auto-defensa del propio ordenamiento jurídico, ante el peligro de que sea burlado”.

<sup>296</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, p. 110.

pena; e a segunda, esta em comento, fundada na natureza *não penal* da custódia, mas “não conseguindo ocultar sua essência punitiva. Em muitas ocasiões, as teses *processualistas* não se distinguem muito das *substantivistas* autoritárias, pois *optam* diretamente por *negar valor ao princípio da inocência*”.<sup>297</sup>

O dilema é que ao se filiar a tal corrente se corre “o risco de encobrir um aumento considerável do poder punitivo, por intermédio de uma legislação penal formalmente acusatória”.<sup>298</sup> É deste encobrimento, por fim, a ocultar uma estrutura que é essencialmente e manifestamente inquisitória, a que corresponde o obstáculo epistemológico abordado a seguir.

## **Capítulo Dois:**

2.1. *O princípio inquisitivo e a estrutura inquisitória*

2.2. *Prender para garantia da instrução e da aplicação da lei penal*

2.3. *A prisão processual como expressão por excelência da estrutura inquisitória*

### **2.1. O PRINCÍPIO INQUISITIVO E A ESTRUTURA INQUISITÓRIA**

§ 1º **Introdução.**

§ 2º **Sistema e princípio unificador.**

§ 3º **Sobre a estrutura inquisitória pura.**

§ 4º **Do princípio inquisitivo e o sistema misto.**

#### **§ 1º Introdução**

A tradicional compreensão da *estrutura* da custódia cautelar, como se viu, é marcada pela noção de *conflito de interesses* na expressão do conteúdo do processo penal. O conceito de *lide penal*, em especial, está presente no estudo da tutela cautelar na forma de uma “repartição de riscos” entre os interesses públicos do Estado na punição e do indivíduo em sua liberdade. Neste âmbito, construiu-se todo um discurso (já existente há muito, mas sobrevivendo com nova roupagem) voltado à compatibilização do princípio da presunção de inocência com a prisão processual que, embora muito criticada nos regimes democráticos, restou admitida quando tendo um escopo *cautelar* e com caráter excepcional. A cisão entre

<sup>297</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, p. 113.

<sup>298</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, p. 114. V. também: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, p. 12.

*teoria e práxis*, porém, é aqui abissal, na medida em que aquela não se efetiva e, na prática cotidiana, utiliza-se a custódia cautelar enquanto violento exercício de poder, revel às garantias estabelecidas.

Se a primeira parte tratou de aspectos relativos à *estrutura*, aborda-se o tema da prisão cautelar desde sua *função*, mediante o estudo das hipóteses que a fundamentam e que dizem respeito ao que justifica sua existência. Toma-se o léxico do art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro por razões didáticas e por abarcar as situações em que a custódia sem sentença seria possível.

Inicia-se por aquelas apontadas como as únicas a exercerem uma função efetivamente cautelar, quais sejam, a garantia da *aplicação da lei penal* e a tutela da *conveniência da instrução criminal*. Por se considerar que nestes casos se está a tutelar o processo, descaracterizando-se a antecipação de pena, pode-se dizer serem hipóteses *amplamente admitidas* como legítimas, e se considerado apenas o âmbito das reflexões acadêmicas, mais aceitas inclusive que aquelas para *garantia da ordem pública e da ordem econômica*.

Identifica-se, neste âmbito, um segundo obstáculo epistemológico calcado no velar de uma estrutura processual essencialmente inquisitória. Quer-se argumentar, ao final, que a prisão cautelar é a expressão, por excelência, do princípio inquisitivo, *e especialmente quando justificada sob a égide da tutela do processo*.

Tal *velar* se dá através da crença em um sistema *misto* ou “formalmente acusatório”, correspondente a uma persecução penal constituída por uma fase predominantemente inquisitória (investigação preliminar) e outra acusatória (em juízo), desconsiderando-se, desta forma, que o processo penal, mormente o brasileiro, é todo guiado pelo princípio inquisitivo e só por tal via é possível sua melhor compreensão e crítica.

## § 2º Sistema e princípio unificador

Há diversos sentidos possíveis para sistema<sup>299</sup>, aqui se adotando, desde logo, a concepção kantiana pautada pela *unidade do princípio*<sup>300</sup>. Trata-se da articulação realizada

<sup>299</sup> Vide, por todos: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 25-102.

<sup>300</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 1076.

por KANT *em busca de uma base que possibilitasse se pensar estruturas complexas em seu conjunto, cujas partes isoladas seriam ligadas e conduzidas ao todo por meio de um elemento unificador*<sup>301</sup>, pela chamada *idéia única*, elemento lingüístico com altíssimo grau de abstração.<sup>302</sup>

O conceito de *sistema*, no direito, deve ser apto a desenvolver a *adequação* e a *unidade internas* de uma ordem jurídica.<sup>303</sup> Neste sentido:

Há duas características que emergiram em todas as definições: a da *ordenação* e a da *unidade*; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.<sup>304</sup>

É essencial, portanto, que se adote um conceito adequado à promoção da adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica. Neste sentido, segundo CANARIS, pode-se falar em sistema *como ordem axiológica ou teleológica*<sup>305</sup> ou *como ordem de 'princípios gerais do Direito'*;

A primeira concepção quer “captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material *com meios racionais*”, limitando-se, porém à *lógica formal*.<sup>306</sup> Sua tarefa seria “apenas, uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas conseqüências até ao fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores”.<sup>307</sup>

<sup>301</sup> Mais uma vez, têm-se palavras que expressam uma *leitura própria* trazida ao processo penal brasileiro e constantemente transmitida em aulas e conferências pelo Professor Jacinto COUTINHO, malgrado a resistência da doutrina majoritária – tradicional – que desconsidera a base filosófica por detrás dos conceitos e do próprio direito processual penal enquanto disciplina.

<sup>302</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 657.

<sup>303</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 25.

<sup>304</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 12-3.

<sup>305</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 66-7: “aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores, portanto no sentido no qual a ‘jurisprudência das valorações’ é equiparada à jurisprudência ‘teleológica’. Não se entende, porém, só por si, que semelhante sistema teleológico seja possível”.

<sup>306</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 69.

<sup>307</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 75.

Sendo o sistema uma ordem de “princípios gerais do Direito”, rejeita CANARIS, antes de tudo, a idéia de formação de um sistema apenas por normas, conceitos, institutos jurídicos ou valores <sup>308</sup>, na medida em que inadequados para promoverem, por si só, as referidas adequação valorativa e unidade interna. O *princípio*, por outro lado, encontraria-se *entre* o valor e o conceito: “excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as conseqüências jurídicas” e “ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração”. <sup>309</sup>

Não é que todos os princípios sejam ordenadores e sistematizadores do todo, mas sim que há um *princípio unificador* a promover a relação entre todos os outros, ocupando, segundo COUTINHO, o lugar do *mito*, ou seja, “a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito”<sup>310</sup>, por não se ter linguagem para tanto. É nesse sentido, enfim, que o conceito de *sistema* pode decorrer da “versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um *conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*”. <sup>311</sup>

Não havendo sistema processual *puro*, poder-se-ia dizer serem todos os sistemas “mistos”<sup>312</sup> e, assim, “não há e nem pode haver um *princípio misto* (dado ser uma *idéia única* e, portanto, *indivisível*), o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, *por princípio*,

<sup>308</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 80-8.

<sup>309</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 87-8. Salienta o autor quatro principais características dos princípios e sua *função sistematizadora*: “não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio”.

<sup>310</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 164.

<sup>311</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 16: “É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo *princípio unificador* e voltado para o *fim* ao qual se destina”. DE LUCA, no mesmo sentido, vem dizer que os atos que compõem o processo penal e os procedimentos cautelares são elementos autônomos que se ligam a partir da *finalidade*, que “rappresenta l’elemento che riunisce e compone le singole parti nel tutto. Sta di fatto che gli atti, pur essendo ontologicamente diversi, appaiono contrassegnati dalla identità del fine”, cf. DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 154.

<sup>312</sup> PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio de procedura penale**, p. 20-21; e também: BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**, p. 11.

inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”.<sup>313</sup>

Estando-se a falar de *sistema processual*, é preciso ter em vista que tal conceito delimita um espaço a ser ocupado pelos seus elementos, de forma vinculada “à necessidade vital que procura satisfazer”.<sup>314</sup> Portanto, a identificação de quais seriam os *princípios unificadores* dos *sistemas processuais penais* passa pela leitura de suas finalidades precípuas; e neste sentido, “se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador”.<sup>315</sup>

E se é assim, o princípio unificador corresponde a uma *gestão da prova* à disposição das partes ou concentrada nas mãos do julgador; antes de tratar do tema, porém, é preciso compreender o surgimento e funcionamento da estrutura a partir da qual ganha vida o princípio inquisitivo e seus aspectos principais.

### § 3º Sobre a estrutura inquisitória pura

Sabe-se que o *sistema acusatório* precedeu o inquisitório<sup>316</sup>, tendo predominado, depois, nos países de cultura jurídica anglo-saxã. Nasceu com os *writs* e *forms of action*, na Inglaterra<sup>317</sup>, caracterizando-se como “*operação puramente técnica, onde o único valor*

<sup>313</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 167.

<sup>314</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, p. 56.

<sup>315</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 165.

<sup>316</sup> STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. **Procédure Pénale**, p. 64: “No plano histórico, esse processo é o mais antigo, aparentemente o primeiro. Encontra-se na Grécia clássica e na Roma primitiva; é aplicado na França depois das invasões bárbaras e segue em vigor com os carolíngios e na época feudal, durante a alta idade média”. Trad. livre. No original: “Sur le plan historique, cette procédure est la plus ancienne, elle apparaît la première. On la trouve usitée dans la Grèce classique et dans la Rome primitive; elle est appliquée en France après les invasions barbares et reste en vigueur sous les carolingiens et à l’époque féodale, pendant le haut moyen âge”.

<sup>317</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p.40-41: “Júri e veredictos vêm à ribalta com Henrique II, nos anos da justiça reunida com o mecanismo dos ‘writs’ e relativas ‘forms of action’, do que nasce a common law: em matéria penal esta política implica uma superação das acusações privadas; interessa ao Estado que homicídios, furtos e similares sejam reprimidos mas não parecem politicamente possíveis juízos instaurados por emissários do rei; estamos em um ambiente insular, onde indivíduos, autonomia, memória, contam muito”. Trad. livre. No original: “Jury e verdetti vengono alla ribalta sotto Enrico II, negli anni della giustizia accentrata col meccanismo dei ‘writs’ e relative ‘forms of action’, da cui nasce la common law: in materia penale questa politica implica un superamento delle accuse private; interessa allo Stato che omicidi, furti et similia siano repressi ma non sembrano politicamente possibili giudizi instaurati da emissari

*está na observância das regras*".<sup>318</sup> Em linhas gerais, no sistema acusatório "o argüido é verdadeiramente uma parte processual, em posição de igualdade com a parte acusadora, pública ou privada"<sup>319</sup>, sendo o papel do Estado secundário e posto a serviço dos indivíduos.<sup>320</sup>

Dá-se valor, portanto, às *regras do jogo*<sup>321</sup>, nestes termos: "o interesse público da perseguição e punição das infracções penais é encabeçado no representante da acusação (...), o interesse do argüido na absolvição é encabeçado no defensor, e o processo surge, deste modo, como uma discussão, luta ou duelo que entre acusador e defensor se estabelece, perante o olhar imparcial do juiz".<sup>322</sup>

Evitando uma narração histórica linear, o delineamento dos traços presentes na forma *pura* da estrutura inquisitória possibilita a reunião de elementos para uma posterior reflexão sobre a atualidade. Tem-se, neste sentido, que o sistema inquisitório *puro* nasceu em um período culturalmente riquíssimo, tendo em vista o crescimento do mercado de trocas, o contato com a cultura árabe e fortalecimento da convivência urbana: ascendia a *ciência* e o *conhecimento científico* a um papel protagonista<sup>323</sup> e, nesse passo, "o aristotelismo dominante convida a um estilo científico-experimental" e "os julgamentos penais se tornam tarefas de especialistas".<sup>324</sup>

---

regi; siamo in un ambiente insulare, dove individui, autonomie, memorie, contano molto"; e também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 32: "a análise do *sistema acusatório* não pode deixar de levar em consideração a sua direta vinculação com a questão da *cidadania*, à qual na Europa continental só se foi aterrar com a *Revolução francesa*, sem embargo de se poder imaginar que, na Inglaterra, sua aparição no século XII tenha sido casual e, portanto, determinada por outros fatores".

<sup>318</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 96. Trad. Livre. No original: "*pura operazione tecnica, dove l'unico valore sta nell'osservanza delle regole*". Segundo o mesmo autor, cf. *Idem*, p. 42: "é um método apropriado às pessoas psiquicamente sãs e não complicadas demais. Está tudo no *fair play*". Trad. livre. No original: "è un metodo adatto a gente psichicamente sana e non troppo complicata. Tutto sta nel fair play".

<sup>319</sup> BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**, p. 13.

<sup>320</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 20.

<sup>321</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 98.

<sup>322</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, p. 247.

<sup>323</sup> Nesse sentido, v. GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**, p. 145-146: o autor aborda a dimensão sapiencial na sociedade medieval de então, tendo a ciência papel fundamental de ordenação e de servir como "estrada para a verdade". O autor rejeita o termo "Baixa Idade Média", preferindo denominar o período de *laboratório sapiencial*.

<sup>324</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 19. Trad. livre. No original: "*l'aristotelismo dominante invita a uno stile scientifico-sperimentale*" e "*i giudizi penali diventano affare da specialisti*".

Ao mesmo tempo, *cresce a fábrica de heresia* e aparenta (por seu discurso) perder força política a Igreja Romana, sendo da reação desta aos hereges que “nasce” o sistema inquisitório<sup>325</sup> em âmbito eclesiástico:

no século XIII nascem técnicas e aparatos inquisitoriais; com variações mínimas o sistema dura de 5 a 6 séculos. Crescida de uma cultura paranóica, esta máquina tende ao amorfismo legal: as normas ficam no papel; quase onipotentes os juízes; criado sob suspeitas, tortura, confissão, o processo é matéria indefinidamente manipulável.<sup>326</sup>

O processo de gestação da estrutura começa pela Bula *Vergentis in senium*, do Papa Inocêncio III, que em 1199 equiparou a heresia aos delitos de lesa-majestade<sup>327</sup>, e pelo IV Concílio de Latrão, em 1215<sup>328</sup>, que alcançou também a justiça laica. Constituíram-se os Tribunais da Inquisição com os Papas Gregório IX e Inocêncio IV, no início do século XIII<sup>329</sup>, vindo a assumir contornos definitivos com a bula *Ad extirpanda* em 15 de maio de 1252<sup>330</sup>, não obstante se poder dizer já haver inquisição desde o Concílio de Latrão em 1215. Segundo BOFF:

A Inquisição propriamente surgiu quando em 1232 o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas. O papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu inquisidores papais. (...). A partir de então se foi criando uma prática de controle severo das doutrinas, legitimadas com sucessivos documentos pontifícios como a bula de Inocêncio IV (*Ad extirpanda*) de 1252, que permitia a tortura nos acusados para quebrar-lhes a resistência. Até que em

<sup>325</sup> Não obstante existirem traços no direito romano e em outras legislações, cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 18; e também: BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**, p. 12-13; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 21; PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, p. 81.

<sup>326</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 8. Trad. livre. No original: “nel XIII secolo nascono tecniche e apparati inquisitoriali; con minime varianti il sistema dura da 5 a 6 secoli. Cresciuta da una cultura paranoide, questa macchina tende all’amorfismo legale: le norme restano sulla carta; quasi onnipotenti i giudici; allestito su sospetti, tortura, confessione, il processo è materia indefinidamente manipolabile”.

<sup>327</sup> BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**, p. 30. V. também: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, p. 57 e ss.; e CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, 2005, Curitiba: Editora da UFPR. p. 35-56.

<sup>328</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 40; BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, p. 234: “Deve-se a Inocêncio III uma apurada regulamentação do procedimento inquisitório, cuja referência central é o IV Concílio de Latrão, em 1215; Inocêncio IV autorizaria o uso da tortura pelos tribunais seculares, em 1252, através da bula *Ad extirpanda*; menos de um lustro depois ficava claro, em outro documento pontifício, que os inquisidores podiam presenciar a tortura; Bonifácio VIII, em 1298, estabeleceria o procedimento sumário e secreto”.

<sup>329</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 21-23.

<sup>330</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 46.



1542 o Papa Paulo III estatuiu a Sagrada Congregação da Inquisição Romana e Universal ou Santo Ofício como corte suprema de resolução de todas as questões ligadas à fé e à moral.<sup>331</sup>

O processo inquisitório nasce, portanto, de uma *necessidade social*<sup>332</sup> generalizada: a insegurança decorrente da expansão econômica causava temor no *mundo laico* e o crescimento da heresia incomodava o *mundo eclesiástico*.<sup>333</sup> A *dialeticidade* da estrutura acusatória dos *iudicium dei* não se adequava às necessidades sociopolíticas<sup>334</sup>, e é por isso que perdeu vigência a estrutura *actus trius personarum*, quando o controle direto pelos clérigos excluiu o órgão acusador. Passa a vigor uma concepção unilateral de processo, fundada na superioridade do interesse em *defender a fé*, assim se justificando os procedimentos de ofício e muitas vezes iniciados a partir de denúncias anônimas:

O processo inquisitivo se tornou necessário para que a repressão da delinquência não ficasse à mercê dos acusadores privados, e assim foi que em um primeiro momento já se estabeleceu a regra de que se o acusador não queria prosseguir com a acusação, devia o juiz continuar de ofício e castigar o acusador.<sup>335</sup>

Vale o registro do estudo realizado por LIPINER<sup>336</sup> sobre as alterações semânticas de determinadas palavras durante o período da Inquisição em Portugal, tanto entre os perseguidos como entre os inquisidores. Sua premissa foi de que “a arma nesta luta inquisitória, antes de ser a fogueira do Santo Ofício ou a câmara de gás da Alemanha nazista, foi a palavra (...). Assim, confunde-se o exercício de poder com a conscientemente imposta remodelação do significado do idioma corrente”.<sup>337</sup> Sendo a *linguagem* este *lugar de poder*, fica claro como as mudanças estruturais giraram em torno à *gestão da prova*:

o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, armados de iguais poderes, torna-se luta desigual entre juiz e acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro e assume a ativa de inquisidor, atuando desde o primeiro momento também como acusador, ou seja, confundem-se as

<sup>331</sup> BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir (Prefácio). EYMERICH, Nicolau; PEÑA, Francisco. **Manual dos Inquisidores**, p. 13-14.

<sup>332</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 49.

<sup>333</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 17: “satisfaz exigências comuns aos dois mundos: o eclesiástico, incendiado pela heresia, e o civil, no qual a expansão econômica gera criminalidade”. Trad. livre. No original: “soddisfa esigenze comuni ai due mondi: l’ecclesiastico, insidiato dalle eresie, e il civile, dove l’espansione economica genera criminalità”.

<sup>334</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 45.

<sup>335</sup> RUBIANES, Carlos. **Manual de Derecho Procesal Penal**, v.I, p. 20. Trad. livre. No original: “El proceso inquisitivo se torno necesario, para que la represión de la delincuencia no quedara a merced de los acusadores privados, y así fue que en un primer momento ya se sentó la regla de que si el acusador no quería proseguir la acusación, debía el juez continuarla de oficio y castigar al acusador”.

<sup>336</sup> LIPINER, Elias. **Santa Inquisição: terror e linguagem**. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1977.

<sup>337</sup> LIPINER, Elias. **Santa Inquisição**, p. 3.

atividades do juiz e do acusador; por sua vez, o acusado perde a condição de verdadeiro sujeito processual e se converte em objeto de uma dura persecução.<sup>338</sup>

O sistema inquisitório primeiramente é tomado como um instrumento de defesa da Igreja, mas acaba exercendo grande influência também sobre as jurisdições seculares. O processo penal canônico comportava três modalidades de procedimento, conforme o impulso de seu início fosse dado por *acusação*, por *denúnciação* ou por *inquisição*<sup>339</sup>: o ofendido apresentava uma acusação, que era reduzida a termo, no primeiro caso; o fato era simplesmente denunciado ao juiz, sem que o delator precisasse prová-los, no segundo; por fim, no mesmo sentido deste último, bastava que a notícia de um crime chegasse ao conhecimento do juiz para que desse início, ele mesmo, às investigações. O que se nota, portanto, é uma fusão de acusador e juiz e a conseqüente confusão entre o que seriam métodos *para acusar* e métodos *para julgar*. Neste sentido:

Óbvio a idéia e perverso seu desenvolvimento: culpado ou não, o imputado sabe coisas importantes; se tudo em sua memória transparecesse, o caso seria infalivelmente resolvido. Necessita-se que o analista entre em sua cabeça, a partir de toda porta possível. (...). Munido de ferramentas virtualmente irresistíveis, o inquisidor trabalha os pacientes como quer; em seu quadro cultural pessimista o animal humano nasce culpado: estando o mundo infectado, basta escavar em um ponto qualquer e aflora o mal. Esse axioma liquida com qualquer escrúpulo na investigação.<sup>340</sup>

O processo inquisitório, segundo MANZINI, compunha-se da inquisição *geral*, na qual se buscava comprovar o fato e a autoria, e da inquisição *especial*, a partir do momento em que era indiciada determinada pessoa.<sup>341</sup> Foi a *fase da instrução* que ganhou uma

<sup>338</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 99. Trad. livre. No original: “lo que era un duelo leal y franco entre acusador y acusado, armados de iguales poderes, se torna en lucha desigual entre juez y acusado. El primero abandona su posición de árbitro y asume la activa de inquisidor, actuando desde el primer momento también como acusador, es decir, se confunden las actividades del juez y del acusador; por su parte, el acusado pierde la condición de verdadero sujeto procesal y se convierte en objeto de una dura persecución”.

<sup>339</sup> BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, p. 233; e também BOFF, Leonardo. *Inquisição: um espírito que continua a existir* (Prefácio). EYMERICH, Nicolau; PEÑA, Francisco. **Manual dos Inquisidores**, p. 17.

<sup>340</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 23-25. Trad. livre. No original: “Ovvia l’idea e perverso lo sviluppo: colpevole o no, l’imputato sa cose importanti; se ogni sua memoria trasparisse, il caso sarebbe infallibilmente risolto. Bisogna che l’analista gli entri in testa, da ogni possibile spiraglio. (...). Munito d’arnesi virtualmente irresistibili, l’inquisitore lavora i pazienti come vuole; nel suo quadro culturale pessimistico l’animale umano nasce colpevole: essendo infetto il mondo, basta scavare in un punto qualunque e affiora del male. Quest’assioma liquida ogni scrupolo nella ricerca”. No mesmo sentido, v. BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, p. 234.

<sup>341</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 53.

importância jamais conhecida no sistema acusatório<sup>342</sup>, tanto que se houvessem fortes evidências quanto à autoria, utilizava-se um procedimento inquisitório *sumário*<sup>343</sup>, muitas vezes sem que o acusado tivesse qualquer oportunidade de defesa.

O caráter secreto, o predomínio da forma escrita e a ausência de contraditório produzem um saber específico de um complexo aparato de poder. Se o que caracteriza o modelo inquisitório é a *concentração da gestão da prova nas mãos do juiz, a posição do imputado* que daí decorre revela o julgamento como o *reino da suspeita*, construído em meio à total subordinação daquele ao processo:

Por um lado, todo o poder estatal que, em sua vez, persegue e julga (...) e, por outro, mero objeto dessa atividade, o indivíduo submetido. (...). Aquela relação igualitária entre acusador e acusado que definia o modelo acusatório se converte em inquisitivo no terreno da indagação e da submissão.<sup>344</sup>

Sendo a matéria toda manipulável pelo inquisidor, este sai em busca da *obtenção da verdade*, ou seja, da *confissão dos acusados*, de forma verdadeiramente *obstinada*.<sup>345</sup> Os procedimentos de *tortura* foram conseqüências inerentes à própria estrutura, na medida em que o inquisidor “trabalha como quer e decide ele próprio se os indícios bastam ou não”<sup>346</sup>.

<sup>342</sup> STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. **Procédure Pénale**, p. 74.

<sup>343</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 80-81.

<sup>344</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t. I, p. 208. Trad. Livre. No original: “Por un lado, todo el poder estatal que, a la vez, persigue y juzga (...) y, por el otro, mero objecto de esa actividad, el individuo sometido. (...). Aquella relación igualitária entre acusador y acusado que definia el modelo acusatório, se convierte en el inquisitivo en el terreno de la indagación y el sometimiento”. No mesmo sentido, PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, p. 83: “altera-se o eixo do procedimento e o acusado que no sistema acusatório era sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades, passa a objeto da investigação”; e LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 63: “O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo ideal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação”.

<sup>345</sup> V. os “dez truques do inquisidor para neutralizar os truques dos hereges”, em: EYMERICH, Nicolau; PEÑA, Francisco. **Manual dos Inquisidores**, p. 124: “O herege – ou réu – não quer confessar. O inquisidor sabe que os depoimentos das testemunhas não são suficientes como provas, mas não faltam indícios de que é culpado. Neste caso, o inquisidor deporá contra ele. O acusado nega? O inquisidor apanhará o seu dossiê, começará a folheá-lo atentamente, dizendo, depois: ‘Claro que estás mentindo, eu é que tenho razão! E então? Dize a verdade sobre o teu problema’ (o truque consiste em fazê-lo ouvir que o dossiê realmente o incrimina e que ele aparece como uma pessoa verdadeiramente culpada de heresia). Ou, então, o inquisidor segura um papel; quando o réu começar a negar, o inquisidor, espantado, dirá: ‘Como podes negar: ainda não está bastante claro?’ E começará a ler o papel, mudando o que achar melhor. (...). Porém, o inquisidor, ao proceder assim, deve tomar cuidado para não se deter muito nos detalhes, para que o herege não perceba que o inquisidor, na verdade, ignora os fatos!”.

<sup>346</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 50.

Temia-se que o acusado se defendesse, porque o fazendo poderia obstaculizar o descobrimento da verdade<sup>347</sup>, que era, por sua vez, identificada com a busca da confissão.

#### § 4º Do princípio inquisitivo

O que essencialmente diferencia um sistema processual do outro é o critério da *gestão da prova*, sendo o *princípio unificador* que indica se a estrutura processual é *essencialmente acusatória* ou *essencialmente inquisitória*. Ora, se o *crime é passado*, e o processo é uma tentativa, sempre limitada, de reconstrução de um fato pretérito, a *prova é quase tudo, ou tudo, o que se tem*, sendo o tratamento dado à sua forma de colheita e proteção que definirá o caráter do sistema processual. Neste sentido:

Portanto, o que permite caracterizar globalmente um processo é primeiramente o modo de desencadeamento do processo. Conseqüentemente, pode-se dizer um processo acusatório quando a iniciativa do processo pertence aos particulares e que tal procedimento seja indispensável (...). Se ao contrário o processo pode ser iniciado de ofício por um representante da coletividade que investiga e pune os malfeitores de sua própria cabeça, então se pode falar em processo inquisitório. Uma vez dado início ao processo, em um sistema acusatório são as partes que o conduzem, o juiz se limitando a um mero papel arbitral; em um sistema inquisitório, é o juiz, ao contrário, o mestre do processo.<sup>348</sup>

Como se viu, na estrutura inquisitória pura restam excluídas as *partes* no sentido a elas dado hoje. Não obstante a freqüente adoção da *existência ou não* de *partes* enquanto critério distintivo entre os sistemas acusatório e inquisitório<sup>349</sup>, assume-se outra posição, com CORDERO<sup>350</sup> e boa parte da doutrina brasileira<sup>351</sup>, segundo a qual o *princípio unificador* é identificado pela *gestão da prova*. Esta está à disposição das partes no sistema

<sup>347</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 99-100.

<sup>348</sup> CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du droit penal et de la justice criminelle**, p. 14. Trad. livre. No original: “Ce qui permet de caractériser globalement une procédure, c’est donc d’abord le mode d’introduction de l’instance. On peut dire qu’une procédure accusatoire dès lors que l’initiative du procès appartient aux particuliers et que cette démarche est indispensable (...). Si au contraire le procès peut être ouvert d’office par un représentant de la collectivité qui recherche et punit les malfaiteurs de son propre chef, alors on peut parler de procédure inquisitoire. Une fois l’instance ouvert, dans un système accusatoire ce sont les parties qui la conduisent, le juge se bornant à un rôle arbitral; dans un système inquisitoire, c’est au contraire le juge qui est le maître du procès”.

<sup>349</sup> Nesse sentido, por exemplo: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, p. 246-247.

<sup>350</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 47.

<sup>351</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 23: “(...) *trata-se de elemento distintivo secundário*, até porque se pode ter um processo inquisitório e partes, como sucedia no *ancien régime* com as *Ordonnance criminelle* (1670), de Luís XIV”; v. também, entre outros: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional** Aury, p. 74; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 47; CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, p. 75.

acusatório (*princípio dispositivo*<sup>352</sup>), enquanto no sistema inquisitório permanece concentrada, a missão, nas mãos do julgador (*princípio inquisitivo*), deixado *solitário* junto aos seus pensamentos, levando-o a *supor* antes de *analisar*. Trata-se do que CORDERO definiu como o *primado das hipóteses sobre os fatos*<sup>353</sup>, que é, segundo COUTINHO, o “ponto central do sistema e sem o qual não é possível compreendê-lo na essência”, permitindo que se parta de uma premissa falsa e se embase “conclusão também falsa, transmutada em *verdade construída*”.<sup>354</sup>

Após perdurar por vários séculos, o sistema inquisitório puro passou, a partir do século XVIII, por adaptações conforme as necessidades da organização social, mantendo, entretanto, a mesma estrutura:

Tal sistema não tinha sequer o mérito de assegurar uma defesa adequada dos interesses da sociedade. Era pouco contestável que as confissões obtidas no império da tortura eram freqüentemente também mais falsas que sinceras; (...). Montesquieu, Beccaria, o advogado geral Servan se levantam eloquentemente contra a tortura, contra as ilegalidades às quais conduzia o processo, e sobretudo contra a arbitrariedade.<sup>355</sup>

Das profundas transformações sociais que ocorrem com o pensamento iluminista e propagação de ideais liberais em relação ao direito penal e processual penal, passa-se a repelir manifestações explícitas de indevidas intervenções do poder estatal sobre a

---

<sup>352</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, p. 21: “Os elementos de *prova* são introduzidos por obra exclusiva das partes, de modo que o julgador carece de poderes autônomos para investigar a verdade dos fatos”. Trad. Livre. No original: “Los elementos de *prueba* son introducidos por obra exclusiva de las partes, de modo que el juzgador carece de poderes autónomos para investigar la verdad de los hechos”.

<sup>353</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**, p. 51: “A solidão em que os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora das grades dialéticas, pode ser que beneficie o labor policesco, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamamos ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: quem indaga segue uma delas, às vezes de olhos fechados; nada garante que seja a mais fundada perante as alternativas possíveis, nem tal trabalho estimula a autocrítica; uma vez que todas as cartas do jogo estão em suas mãos, e ele foi quem lhe deu início, centra-se nas ‘suas’ hipóteses”. Trad. livre. No original: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, ne questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi”.

<sup>354</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 25-26: “do gato preto induz-se a bruxaria; do funcionário da empresa o autor do sequestro; do mordomo o homicida, e assim por diante”.

<sup>355</sup> STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. **Procédure Pénale**, p. 80. Trad. livre. No original: “Ce système n’avait même pas le mérite d’assurer une défense adéquate des intérêts de la société. Il n’était guère contestable que les confessions obtenues sous l’empire de la torture étaient aussi souvent fausses que sincères; (...). Montesquieu, Beccaria, l’avocat général Servan s’élèvent éloquentement contre la torture, contre les inégalités auxquelles la procédure conduit, et surtout contre l’arbitraire”.

liberdade individual. Assim, dos “abusos da prisão preventiva, às acusações secretas, ao juramento dos acusados, aos interrogatórios sugestivos e à tortura”<sup>356</sup>, são todas práticas que passam a ser condenadas.

A base, porém, do que viria a ser o sustentáculo de uma supostamente *nova* estrutura de processo foi o produto da combinação de princípios e leis decorrentes da Revolução Francesa, ocorrida em 1789, com a Ordenação Francesa de Luís XIV, de 1670, a qual foi sempre apontada como um dos ordenamentos processuais mais importantes dentro dos sistemas inquisitórios<sup>357</sup>; segundo CORDERO, não seria esta “aquele milagre exaltado por seus cantores, estupidamente insensíveis ao que está ocorrendo na agonia do regime, mas que é um monumento técnico, ninguém o nega”.<sup>358</sup>

Por um lado, portanto, leis com inspiração liberal: refere-se CORDERO<sup>359</sup> ao decreto de outubro-novembro de 1789; ao decreto de 16-24 de agosto de 1790, sobre a publicidade das audiências; e enfim ao decreto 16-29-setembro de 1791, não obstante ter sido este rapidamente substituída pelo *Code des délits et des peines*, em outubro de 1795, que “opera uma já respeitável inversão na tendência”<sup>360</sup> e retoma a estrutura das Ordenações de 1670, inquisitória e autoritária, sob a influência e o trabalho de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès<sup>361</sup>:

Sobre a questão da instrução vencem saqueando os fiéis das *Ordonnance*. Sobre um ponto têm manifestamente razão, onde deploram que ao mesmo órgão competem *poursuite-instruction* [acusação-instrução]: o imputado arriscava menos quando “a parte pública requeria, o juiz pronunciava”; melhor que “a autoridade” não esteja “em uma só mão”.<sup>362</sup>

<sup>356</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 134. Trad. livre. No original: “abusos de la prisión preventiva, a las acusaciones secretas, al juramento de los acusados, a los interrogatórios sugestivos y a la tortura”.

<sup>357</sup> RUBIANES, Carlos. **Manual de Derecho Procesal Penal**, v. I, p. 23.

<sup>358</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 73. Trad. livre. No original: “quel miracolo vantato dai suoi cantori, stupidamente insensibili a quanto sta avvenendo nell’agonia del regime, ma che sia un monumento tecnico, nessuno lo nega”.

<sup>359</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 60-64.

<sup>360</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 65. Trad. livre. No original: “opera una già cospicua inversione nella tendenza”.

<sup>361</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 70: “conselheiro muito ouvido, *grand-juge*, futuro arquichanceler do Império”. Trad. De Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. No original: “consigliere ascoltissimo, grand-juge, futuro archichancelier de l’Empire”.

<sup>362</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 71. Trad. de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. No original: “Sull’istruzione vincono a mani basse i fedeli dell’ordonnance. Su un punto hanno manifestamente ragione, dove deplorano che allo stesso organo competano *poursuite-instruction*: l’imputato rischiava meno quando ‘la partie publique requérait, le juge prononçait’; meglio che ‘l’autorité’ non stia ‘dans une seule main’”.

É sobre tal base que se elaborou, em França, o *Code d'instruction criminelle*, redigido em 1808 e em vigor a partir de 1811, tido como a semente do *sistema misto*:

Formalmente conservada, a velha máquina sofre uma metamorfose: a informação permanece secreta, mas entram duas garantias-cidadãs : formulada a imputação, esses ‘adjoints’ desaparecem e tudo bem publicamente ; todo acusado tem direito a um defensor; caem os limites pelos quais se podia recusar testemunhas e fornecer ‘fatos justificativos’; produzida a prova no contraditório, o ato final é uma audiência embrionariamente definida como ‘audiência’ [dibattimento]; (...).<sup>363</sup>

Consagra-se assim um modelo de processo em duas fases – instrução e *dibattimento*, na Itália (ou *audiência du jugement*, França) –, matriz dos sistemas processuais de base europeia continental nos séculos seguintes:

E assim, pela Lei de 17 de novembro de 1808, nasce o chamado processo misto, monstro de duas cabeças: nos labirintos escuros da *instruction* [instrução preliminar] reina Luís XIV; segue uma cena disputada *coram populo*. Para alguns parece um *capolavoro* [obra prima]: segundo os eufemísticos, "a informação preliminar" que aparece nas *ordonnance* de 1670, "é uma das mais preciosas conquistas da legislação"; habilmente conduzida, "ela protege os direitos dos cidadãos contra medidas imprudentes; ela prepara o julgamento; ela assegura a sabedoria"; em suma, é o legado "mais fecundo" do *Quattrocento* [século XV] aos modernos. Jean Constatin, Charles Dumoulin, Pierre Ayrault, julgam-na menos bem: existe uma abismo, nota o último, entre "instrução secreta" e pública; "é fácil a portas fechadas ajustar ou diminuir, produzir brigas ou impressões"; a audiência

<sup>363</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 39. Trad. livre. No original: “Formalmente conservata, la vecchia macchina subisce una metamorfosi: l’information rimane segreta ma vi mettono piede due cittadini-garanti; formula l’imputazione, questi ‘adjoints’ spariscono e tutto avviene pubblicamente; ogni imputato ha diritto al difensore; cadono i limiti nei quali poteva ricsare testimoni e addurre ‘faits justificatifs’; acquiste le prove nel contraddittorio, l’atto finale è un’udienza già embrionalmente definibile ‘dibattimento’; (...)”. Ver também: RUBIANES, Carlos. **Manual de Derecho Procesal Penal**, v. I, p. 24: “Este código foi uma obra de transição, pois manteve das Ordenações de 1670 o procedimento inquisitivo, em uma primeira fase do processo, que é prévia, escrita, secreta e não contraditória, e tomou elementos das leis revolucionárias, integrando o processo penal com uma segunda fase, cujo procedimento é oral, público e contraditório”. Trad. livre. No original: “Este código fue una obra de transacción ¿, pues mantuvo de la Ordenanza de 1670 el procedimiento inquisitivo, en una primera fase del proceso, que es previa, escrita, secreta y no contradictoria, y tomó elementos de las leyes revolucionarias, integrando el proceso penal con una segunda fase, cuyo procedimiento es oral, público y contradictorio”; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 140: “*Já não se pena unicamente no imputado; primeiro se buscam os meios mais aptos para assegurar a tutela do interesse repressivo da sociedade.* (...) este Código é uma obra de transição ou melhor, de superposição entre as duas legislações anteriores: as Ordenações de 1670, ou seja, o Código de Luís XIV, e as leis de 1791, ou seja, o Código da Revolução. Com efeito, ele organiza um tipo misto de procedimento que reproduz, na primeira fase do processo penal, a instrução prévia, escrita, secreta, sem contraditório, das Ordenações de 1670, e que, na segunda, mantém o procedimento público, oral e contraditório das leis de 1791 (...)”. Trad. livre. No original: “*Ya no se piensa únicamente en el imputado; primero se buscan los medios más aptos para asegurar la tutela del interés represivo de la sociedad* (...) este Código es una obra de transacción o más bien de superposición, entre las dos legislaciones anteriores: la Ordenanza de 1670, es decir, el Código de Luis XIV, y las leyes de 1791, es decir, el Código de la Revolución. En efecto, él organiza un tipo mixto de procedimiento que reproduce, en la primera fase del proceso penal, la instrucción previa, escrita, secreta, sin contradicción, de la Ordenanza de 1670, y que, en la segunda, mantiene el procedimiento público, oral y contradictorio de las leyes de 1791 (...)”. Questiona MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**, p. 352: “O problema político era claro: como conciliar uma persecução penal eficiente, meta da Inquisição; com o respeito à dignidade e liberdade humanas?”. Trad. livre. No original: “El problema político era claro: como conciliar una persecución penal eficiente, meta de la Inquisición; con el respecto a la dignidad y libertad humanas?”.

pública garante um trabalho limpo; "haverá sempre alguma coisa a ser dita novamente" sobre os juízos não produzidos em público, do começo ao fim"; "esta face composta de mais olhos, mais orelhas, mais cabeças que aquelas de todos os monstros e gigantes dos poetas tem mais força... para penetrar até as consciências a ali ler de que lado está o bom direito, que a nossa instrução tão secreta". Até aqueles que louvam o código admitem algum defeito: "ali procuram em vão regras gerais, definições, divisões lógicas"; coisa venial nos textos entendidos como "expedição de trabalhos mais que" uma "satisfação da ciência"; menos perdoável é que falte "uma sanção séria" às poucas "disposições liberais"; "no conjunto das suas formas", entretanto, é "a lei de processo penal a menos imperfeita no mundo".<sup>364</sup>

A primeira fase, neste sentido, caracterizar-se-ia por uma matriz inquisitória, pois a instrução era secreta e sem contraditório, enquanto o oposto viria a ocorrer na segunda etapa, essencialmente *processual*. Assim “nasceu o chamado processo misto: instruções longas em perfeito estilo inquisitório, inchados fascículos, audiências orais, com muitas leituras e qualquer gesto”.<sup>365</sup>

Entretanto, recorda-se ser preciso “identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório”<sup>366</sup>. É a *gestão da prova*, conforme referido, o que determina o princípio unificador do sistema: *dispositivo*, quando à disposição das partes, ou *inquisitivo*, se concentrada nas mãos do julgador.

---

<sup>364</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 73. Trad. de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. No original: “E così, dalla l. 17 novembre 1808, nasce il processo cosiddetto misto, mostro a due teste: Nei labirinti bui dell’instruction regna Luigi XIV; segue una scena disputata coram populo. A qualcuno sembra un capolavoro: secondo gli eufemisti, ‘l’information préliminaire’ quale appare nell’ordonnance 1670, ‘elle est une des plus précieuses conquêtes de la législation’; abilmente condotta, ‘elle protège les droits des citoyens contre des mesures imprudentes; elle prépare le jugement; elle en assure la sagesse’; insomma, è il lascito ‘le plus fécond’ del Quattrocento ai moderni. Jean Constantin, Charles Dumoulin, Pierre Ayrault, la giudicavano meno bene: c’è un abisso, nota l’ultimo, dall’instruction secrète alla palese; ‘il est facile à huis clos d’ajouter ou de diminuer de faire brigues ou impressions’; l’udienza pubblica garantisce lavoro pulito; ‘il y aura toujours quelque chose à redire’ sui giudizi non allestiti in pubblico, da capo a fondo; ‘cette face composée de plus d’yeux, de plus d’oreilles, de plus de testes que celle de tous les monstres et géants des poètes, a plus de force... pour pénétrer jusques aux consciences et y faire lire de quel côté gît le bon droit, que nostre instruction si secrète’; Anche i cantori ammettono qualche difetto nel codice: ‘on y cherche vainement des règles générales, des définitions, des divisions logiques’; roba veniale nei testi intesi all’expédition des affaires plus que’ alla ‘satisfaction de la science’; meno perdonabile che vi manchi ‘une sanction sérieuse’ alle poche ‘dispositions libérales’; dans l’ensemble des ses formes’, però, è ‘la loi de procédure criminelle la moins imparfaite’ al mondo”. No Brasil, v. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 71: “a prova é colhida no inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão”, convertendo-se a fase processual em mera repetição da investigação preliminar”; e também: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **L’esigenza di garanzia dei diritti della difesa nel nuovo processo penale brasiliano**. Roma: 1988, Università degli studi di Roma “La Sapienza”, Tese (Doutorado em Direito).

<sup>365</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 67. Trad. livre. No original: “è nato il processo cosiddetto misto: lunghe istruzioni in perfetto stile inquisitorio, fascicoli gonfi, dibattimenti parlati, con molte letture e qualche gesto”.

<sup>366</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 58.



Desde sua origem, a nota da mudança do sistema acusatório para o inquisitório esteve em torno à atribuição de poderes instrutórios ao juiz, avançando sobre a esfera de atuação do acusador privado<sup>367</sup> e retomando a prisão cautelar como *regra*.<sup>368</sup> A fórmula bifásica, que inclui elementos secundários próprios da estrutura acusatória na fase *processual*, não significa uma efetiva *mistura* entre sistemas acusatório e inquisitório exatamente porque o *princípio unificador* segue sendo o *inquisitivo*.<sup>369</sup> Nas palavras de CORDERO, o *espírito inquisitório* passa ao sistema misto<sup>370</sup>, marcado pela preponderância da influência da Ordenação de 1670 na elaboração do *Code* de 1808, em especial no que se referiu ao *lugar* ocupado pelo imputado. Sendo assim, a *falácia* é desvelada com a percepção de que, na essência, o sistema é sempre puro e correspondente ao princípio que conjuga os elementos, levando-os ao conjunto:

O dito *sistema misto, reformado ou napoleônico* é a conjugação dos outros dois, *mas não tem um princípio unificador próprio*, sendo certo que ou é *essencialmente inquisitório* (como o nosso), com algo (características secundária) proveniente do sistema acusatório, ou é *essencialmente acusatório*, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por fim, *só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema*, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu *princípio unificador* (...).<sup>371</sup>

As conseqüências de se aceitar uma formulação como esta, como visto, são de que se permanece com um sistema essencialmente inquisitório e todo regido pelo princípio inquisitivo quanto à gestão da prova, mas disfarçado sob a representação de um sistema misto.

<sup>367</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 63.

<sup>368</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**, p. 354: “o novo Código também voltou parcialmente ao esquema político-criminal da Inquisição. (...) Partia-se do princípio da privação de liberdade do acusado, cuja ordem de prisão estava nas mãos do juiz de instrução e, dito de maneira geral, coincidia com o começo do processo”. Trad. livre. No original: “el nuevo Código también regresó parcialmente al esquema político-criminal de la Inquisición. (...) Se partía del principio de la privación de libertad del imputado, cuya orden de prisión estaba en manos del juez de instrucción y, dicho de manera general, coincidía con el comienzo del procedimiento”.

<sup>369</sup> É o que se vê nas recentes *reformas parciais* do processo penal brasileiro, estabelecendo nova redação para o art. 156 de forma a abrir espaço, de forma ainda mais nítida, aos “pré-julgamentos” em regra desfavoráveis ao réu. Eis a redação do novo art. 156, dada pela Lei nº. 11.690/08: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

<sup>370</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 459.

<sup>371</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 17-18; também: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 167: o autor classifica a referida formulação como um *monstro de duas cabeças*.

A fórmula bifásica, consagrada pelo *Code d'instruction criminelle* francês, em 1808, foi recepcionada em toda a Europa continental<sup>372</sup> e em especial na Itália, onde se passou por diversos *codici*<sup>373</sup> até o advento do “Código Rocco”, em 1930, produzido enquanto *contra-reforma* à atmosfera liberal que marcara a legislação anterior. Sob forte influência de Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini<sup>374</sup>, e a inspiração política do *regime fascista*, elaborou-se um código fortemente impregnado pelo *espírito* e pelo *estilo* inquisitórios.

Até por ser este o diploma legal que serviu como referência à elaboração do Código de Processo Penal brasileiro, em 1941, em vigor a partir do Decreto 3.689, de três de outubro de 1941 (e basta uma breve leitura de sua *exposição de motivos*<sup>375</sup> para se apreender que o *panorama político* ao fundo era similar ao italiano), a idéia de um *sistema misto é bem aceita* por grande parte da doutrina brasileira, a qual vem ratificando o processo como inquisitório na investigação preliminar e acusatório na fase processual.

O processo penal brasileiro, assim, é marcado por uma *estrutura essencialmente inquisitória*, por ter o *princípio inquisitivo* a iluminar a gestão da prova. O que se passa a refletir, a seguir, é sobre como a custódia cautelar expressa tal princípio, *por excelência* e especialmente quando voltada à tutela do processo em detrimento da tutela das garantias do acusado.

## 2.2. PRENDER PARA GARANTIA DA INSTRUÇÃO E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

### § 1º Introdução

### § 2º Prender por conveniência da instrução criminal

### § 3º Prender para garantia de aplicação da lei penal

### § 1º Introdução

<sup>372</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**, p. 361.

<sup>373</sup> Sobre o tema, v. CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 74-104.

<sup>374</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 98 e ss.

<sup>375</sup> “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. [...]. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos”. (**Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, publicada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 1941**).

As hipóteses que fundamentam a custódia cautelar são tidas como estritamente processuais quando visam tutelar o próprio processo. Recorda-se serem hipóteses que devem adequadamente preencher o *periculum libertatis*, ou seja, devem expressar um real *perigo* decorrente do estado de liberdade do imputado. Sempre sob a égide de princípios visando limitar sua aplicação, está-se a tratar da *conveniência da instrução criminal* e da garantia de *aplicação da lei penal*: seriam hipóteses *endoprocessuais* e ligadas a exigências eminentemente *instrutórias*. Por se destinarem à tutela do processo perante uma situação de perigo ao seu “normal desenvolvimento”, são muitas vezes apontadas como as únicas finalidades *efetivamente cautelares* e que assim justificariam a prisão processual:

Para a doutrina liberal tradicional os únicos fins legítimos, em um Estado de direito, para privar uma pessoa de sua liberdade antes de ser ditada uma sentença condenatória, são exclusivamente os que procuram os fins do processo – perigo processual -. O processo pode ser posto em perigo: a) quando o imputado obstaculiza a averiguação da verdade – entorpecimento da investigação – e b) quando o imputado foge e impede a aplicação do direito penal material – perigo de fuga.<sup>376</sup>

Segundo NOBILI, estas finalidades processuais são *instrumentais* quando destinadas à tutela do conjunto probatório e *finais* quando decretadas para garantir a execução da pena, perante o perigo de fuga.<sup>377</sup> Também afirmam serem estas finalidades

---

<sup>376</sup> SERGI, Natalia. La privación de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, p. 130-131. Trad. livre. No original: “Para la doctrina liberal tradicional los únicos fines legítimos, en un Estado de derecho, para privar a una persona de su libertad antes de ser dictada una sentencia condenatoria, son exclusivamente los que procuran los fines del proceso – peligro procesal-. El proceso puede ser puesto en peligro: a) cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad – entorpecimiento de la investigación – y b) cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del derecho penal material – peligro de fuga”. V. também PREZA RESTUCCIA, Dardo. **Libertades en el proceso penal**, p. 21: “Dos razones podem justificar a prisão preventiva: uma de segurança para impedir a fuga de quem cometeu o delito; outra, processual, inerente aos fins do processo, que faz que seja necessário que a investigação judicial para descobrir a verdade esteja livre de qualquer trabalho, o que não seria possível se o processado estivesse constantemente em liberdade, já que usaria dela para ocultar os instrumentos do delito, justificar as provas e entorpecer a obra do Juiz e dos órgãos inquirentes”. Trad. livre. No original: “Dos razones pueden justificar la prisión preventiva: una de seguridad para impedir la fuga del que ha cometido el delito; otra, procesal, inherentes a los fines del proceso, que hacen que sea necesario que la investigación judicial para descubrir la verdad esté libre de toda traba, lo que no sería posible si el procesado estuviese constantemente en libertad, ya que usaría de ella para ocultar los instrumentos del delito, dificultar las pruebas y entorpecer la obra del Juez y de los órganos inquirentes”.

<sup>377</sup> NOBILI, Massimo. **La nuova procedura penale**, p. 40: “(...) a medida cautelar será adotada para finalidades processuais. Em particular: a finalidade instrumental (‘instrutória’) de impedir a deturpação das provas (...) e aquela, final, de garantir a execução da pena (perigo de fuga)”. Trad. livre. No original: “(...) la misura cautelare sarà adottabile per finalità processuali. In particolare: la finalità strumentale (‘istruttoria’) di impedire l’inquinamento delle prove (...) e quella, di tipo finale, di garantire l’esecuzione della pena (pericolo di fuga)”.

*efetivamente cautelares*, entre outros, no Brasil, PRADO<sup>378</sup>, LOPES JR.<sup>379</sup>, PACELLI<sup>380</sup>, DUCLERC<sup>381</sup>, RANGEL<sup>382</sup>, constatando-se ser uma posição amplamente admitida pela doutrina, inclusive a mais crítica.

É a própria *instrumentalidade* da custódia preventiva que fica, aqui, clarificada nos termos postos por FOSCHINI:

A instrumentalidade da custódia preventiva, evidente por sua própria denominação, é absolutamente imponente e rica, pois múltiplas são as situações que ela tende a assegurar e precisamente (a) a disponibilidade do imputado como fonte de prova; (b) a genuinidade das outras provas (que o imputado livre poderia destruir ou adulterar), (c) a disponibilidade da pessoa do imputado para sua submissão à futura (provável) pena detentiva e finalmente (d) principalmente a imediatidade ou, contudo, a preocupação com a reação da coletividade juridicamente organizada quanto ao delito cometido, e que, caso se atentasse antes ao esaurimento do processo, freqüentemente perderia e sempre resultaria enfraquecido, com a conseqüente perda ou diminuição da eficácia das sanções penais.<sup>383</sup>

Com exceção do item (d), que se adequaria às hipóteses de prisão cautelar para garantia da ordem pública e econômica, tratadas posteriormente, vê-se que se assume o imputado como *fonte de prova*, que a medida visa garantir a sua *disponibilidade física*, e por fim, que a pena é *futura e provável*. É preciso refletir, *com cautela*, perdoado o trocadilho, sobre tais hipóteses, e em especial desde a perspectiva da tensão existente entre

<sup>378</sup> PRADO, Geraldo. **Prisão e Liberdade no Processo Penal Brasileiro**, p. 5: “nas duas hipóteses o que se quer é garantir que o processo tenha um mínimo de eficácia, como meio civilizado de solução do conflito de interesse penal”.

<sup>379</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 208: “Essas são verdadeiramente cautelares, na medida em que se destinam ao processo, a assegurar o regular e eficaz funcionamento do processo penal. A questão é saber se são realmente necessárias ou não”.

<sup>380</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 434: “As prisões preventivas *por conveniência da instrução criminal* e também *para assegurar a aplicação da lei penal* são evidentemente *instrumentais*, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal)”.

<sup>381</sup> DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**, v. II, p. 184: “No que se refere à conveniência da instrução criminal, a medida seria cabível, por exemplo, quando surgisse alguma evidência de que o réu está a ameaçar testemunhas, ou a destruir evidências materiais do crime. É preciso, contudo, que a necessidade de preservar a instrução seja revelada por fatos concretos (...)”.

<sup>382</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 617: “Neste caso [conveniência da instrução], a custódia cautelar justifica-se com o escopo de se garantir um processo justo, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, *honestamente e lealmente*, sua convicção”.

<sup>383</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del Diritto Processuale Penale**, t.I, p. 526. Trad. livre. No original: “La strumentalità della custodia preventiva, evidente già dalla sua stessa denominazione, è addirittura imponente e ricca poichè molteplici sono le situazioni che essa tende ad assicurare e precisamente (a) la disponibilità dell'imputato come fonte di prova; (b) la genuinità delle altre prove (che l'imputato libero potrebbe far scomparire o adulterare), (c) la disponibilità della persona dello imputato per la sua sottoposizione alla futura (probabile) pena detentiva ed infine (d) principalmente la immediatezza o comunque la sollecitudine dell'effetto reattivo della collettività giuridicamente organizzata, rispetto al delitto commesso e che, se si dovesse prima attendere l'esaurimento del processo, spesso andrebbe perduto e sempre comunque risulterebbe affievolito, con conseguente perdita o diminuzione di efficacia delle sanzioni penali”.

sua menção, no discurso, enquanto *finalidades declaradas*, e sua vigência, na prática, a exercerem *funções reais* outras.

## § 2º Prender por conveniência da instrução criminal

O que se denomina por “conveniência da instrução criminal”<sup>384</sup> se refere à tutela do conjunto probatório, ou seja: identificado um concreto perigo de que o réu viria a danificar provas documentais ou ameaçar testemunhas, subornar um perito que iria subscrever um laudo ou ameaçar o juiz ou o promotor<sup>385</sup>, estar-se-ia perante situação a qual os italianos denominam *pericolo di inquinamento probatorio*, voltando-se todo olhar e atenção à fase da *instrução*:

Por *conveniência da instrução criminal* há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal.<sup>386</sup>

O escopo da prisão seria meramente *cautelar* e não *punitivo*, desde a premissa de que, sendo a higidez das provas um pressuposto para o justo *acertamento do caso penal* pelo juiz, sua proteção interessaria a todos e prevaleceria inclusive sobre o direito à liberdade do réu, caso este estivesse a ameaçá-la concretamente.

A exigência de um perigo *concreto* (e não fruto de meras suposições) é um dos limites que se quer estabelecer à utilização abusiva do instituto, ansiando que ele se apresente “com base em fatos, e não se baseie sobre meras operações lógicas, ainda que analiticamente expressas”.<sup>387</sup> Por outro lado, também se ressalta que tais *operações lógicas* não podem se fundar em razões meramente instrutórias e investigativas, e que “o *periculum in libertate* não deve ser valorado em relação a projetos que o magistrado possa

<sup>384</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 134: alerta o autor se tratar de um conceito jurídico indeterminado e “sem um referencial semântico seguro”.

<sup>385</sup> São exemplos de: RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 617.

<sup>386</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 434.

<sup>387</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 235. Trad. livre. No original: “a dati di fatto, e non si basi su mere operazioni logiche, anche se analiticamente espresse”.

nutrir, acerca da possibilidade de *obtenção* de provas (ou potencialmente tal) a partir da voz ou do comportamento de qualquer pessoa envolvida no processo”.<sup>388</sup>

O que se quer com a exigência de valoração do perigo como *concreto* é conferir certa segurança e previsibilidade ao uso da linguagem, a fim de que o juiz jamais valore um *perigo à instrução* sem o amparo de argumentos fundados em fatos provados.

Crer nesta possibilidade, entretanto, é operar no marco da filosofia da consciência e ignorar que as palavras giram, jamais se tendo *todo o fato* nas mãos. A *linguagem* fará a volta que for necessária para legitimar a medida politicamente desejada, o que tem ocorrido de forma ainda mais gravosa onde a legislação sequer procura estabelecer critérios minimamente objetivos, como no Brasil, razão por que deveria ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Vale o registro do exemplo do Código de Processo Penal da Costa Rica<sup>389</sup>, de 1996, que busca estabelecer parâmetros para o juiz decidir se há ou não real perigo à prova causado pelo réu, tentativa – e nunca mais que isso – de circunscrever com limites a decisão judicial pela aplicação ou não da medida cautelar. O artigo 241 do código costarriquenho – e também o artigo 244 do Código de Processo Penal do Paraguai – assim dispõe:

“Art. 241. Para decidir sobre o perigo de obstaculização para averiguar a verdade se levará em conta, especialmente, a grave suspeita de que o imputado: a) destruirá, modificará, ocultará ou falsificará elementos de prova; b) influirá para que co-réus, testemunhas ou peritos informem falsamente ou se comportem de maneira desleal ou reticente, ou induzirá outros a realizar tais comportamentos. O motivo isolado poderá fundamentar a prisão até a conclusão dos debates”.<sup>390</sup>

Por outro lado, quer-se distinguir a custódia cautelar das velhas exigências instrutórias do sistema inquisitório<sup>391</sup>, ou seja, impedir que o *primado das hipóteses sobre os fatos* se concretize no caso concreto.

<sup>388</sup> CHIAVARIO, Mario. **La riforma del processo penale**, p. 160. Trad. livre. No original: “il *periculum in libertate* non deve essere valutato in rapporto a progetti che il magistrato possa nutrire, circa la possibilità di *assunzione* di materiale probatorio (o potenzialmente tale) dalla voce o dal comportamento di qualche persone coinvolta nel procedimento”.

<sup>389</sup> Sobre o tema, v. ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva en um Estado de Derecho. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**, p. 63.

<sup>390</sup> Trad. livre. No original: “Art. 241. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado: a) destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; b) influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos. El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate”.

<sup>391</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 235.

Entretanto, há uma série de contradições decorrentes da tensão entre finalidades declaradas ou perseguidas e aquelas efetivamente cumpridas. Primeiramente, o *primado das hipóteses sobre os fatos* é simplesmente inafastável da aferição que se faz a partir da premissa lógica de que apenas *culpados* teriam interesse em intimidar testemunhas ou danificar o conjunto probatório. O juízo sobre o *periculum libertatis* se transmuda em uma antecipação do julgamento de mérito<sup>392</sup>, apenas no aguardo da sentença condenatória.

Diz-se tutelar as *provas* em busca de uma solução justa, o que, em tese, interessaria ao réu inocente: porém, prendendo-o, está-se a impedir que ele mesmo construa sua defesa adequadamente<sup>393</sup>, o que também deveria interessar enquanto *prova*. Nas palavras de HASSEMER, a privação da liberdade para este fim seria um *sacrifício especial*.<sup>394</sup> Na medida em que, na estrutura inquisitória medieval, privava-se o acusado de sua defesa porque se temia que ela atrapalhasse na *obtenção da verdade pela confissão*<sup>395</sup>, tem-se que mesmo alterado o escopo, permanece o sacrifício do *direito de defesa* em prol da ânsia de condenação.

Questionando-se como *de uma garantia se pode extrair um prejuízo*<sup>396</sup>, CASTRO anota que se pressupõe não ter o Estado capacidade de proteção das testemunhas ou do conjunto probatório<sup>397</sup>, transferindo-se o “custo” de tal carência ao imputado. Na mesma

<sup>392</sup> NUNES, Leandro Gornicki. Prisão preventiva: uma visão garantista. **Para um Direito Democrático**, p. 185: “Os significantes trazidos pelos atores jurídicos não terão qualquer chance de influenciar a decisão final do julgador, eis que já tomada no momento da decretação da prisão preventiva”.

<sup>393</sup> ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 964-965.

<sup>394</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 116. Observa, inclusive, que tal sacrifício não se estende às testemunhas tão-somente por não haver *suspeita de autoria*, também pressuposto da custódia.

<sup>395</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 458: “é um animal confessante o inquirido ou ao menos deve sê-lo, e uma vez que a efusão suicida repugna aos normais, é preciso estimulá-la. (...). Ora, tal tecnologia sofisticada implica um ambiente: lugares fechados e tempo cíclico, sujeito a longas pausas”. Trad. livre. No original: “è un animale confessante l’inquisito o almeno dev’esserlo, e siccome l’effusione suicida ripugna ai normali, bisogna stimolarla. (...). Ora, questa sofisticata tecnologia implica un ambiente: luoghi chiusi e tempo ciclico, soggetto a lunghe stasi”. Refere-se o autor a um *ambiente inquisitório* que sujeita o indivíduo aos seus próprios limites, desafiando-os até que ceda, e confesse.

<sup>396</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 554: “como de uma garantia se extrai um prejuízo. Para se defender tem que estar preso”. Trad. livre. No original: “como de una garantía se extrae un perjuicio. Para defenderse tiene que estar preso”. V. por exemplo: RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 617: “Por conveniência da instrução criminal: devemos inicialmente dizer que a instrução criminal não é conveniente, mas, sim, necessária (...), a instrução criminal é imprescindível para que se possa assegurar ao acusado todos os meios constitucionais de defesa, demonstrando exigir um verdadeiro Estado Democrático de Direito”.

<sup>397</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 555.

esteira, para BINDER, “o Estado conta com inúmeros meios de evitar a ação do acusado” e “é difícil acreditar que o acusado possa produzir mais danos à investigação do que o Estado pode impedir com todo o seu aparato”.<sup>398</sup> Trata-se, nesta ótica, de um inadequado desequilíbrio nas já desiguais relações entre Estado e indivíduo.

Ademais, a exigência de que o juízo venha fundado em evidências concretas é de improvável sucesso, por sua própria natureza.<sup>399</sup> É de fato difícil se obter uma *evidência concreta* de que o réu danificará provas ou ameaçará testemunhas antes de algo *já ter acontecido*. Tal constatação abre a brecha não para que se rejeitem tais medidas, mas para que se as adote de forma ainda mais indiscriminada, pois com desprezo aos limites e seu caráter de *regra restritiva*.

A crítica também pode se dar, por fim, pela via da *ineficácia* ao cumprimento da referida finalidade. Com efeito, há muitos crimes que pela própria característica não apresentam um conjunto de provas passível de destruição ou violação pela ação do acusado. Ademais, se o acusado efetivamente quer prejudicar a reunião de provas ou intimidar testemunhas, é possível, e o que de fato ocorre, é que se recorra a *terceiros*, ou mesmo coordene tais ações de dentro do próprio cárcere<sup>400</sup>. É sob este fundamento – não haver prisão capaz de efetivamente cumprir a dita finalidade<sup>401</sup> – que ZAVALETA nega legitimidade à prisão cautelar nestes casos.

Diante de tal quadro, FERRAJOLI propõe outras soluções, inclusive nos casos de crimes cuja resolução se afigura mais complexa: a conservação do conjunto probatório pode se dar “*com o simples acompanhamento coativo do imputado até o juiz e de seu status de detido pelo tempo estritamente necessário – horas ou no máximo dias, não anos – para lhe interrogar em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório*”.<sup>402</sup>

---

<sup>398</sup> BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**, p. 150.

<sup>399</sup> Por exemplo, v. RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p. 137: “é pouco menos do que risível exigir prova plena de ameaça a testemunhas por parte de um acusado, para decretar-lhe a prisão preventiva por esse fundamento, como se esse tipo de atitude ilícita fosse comumente feito às escâncaras”.

<sup>400</sup> Faz-se referência, apenas para exemplificar, à utilização em larga escala de telefones celulares por detentos que planejam, coordenam e praticam ações mesmo presos; o que ocorre por vários fatores, dentre os quais falhas de infra-estrutura e relações de corrupção entre detentos e agentes penitenciários.

<sup>401</sup> ZAVALETA, Arturo. **La prision preventiva y la libertad provisoria**, p. 66-67.

<sup>402</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 568. Trad. livre. No original: “*dal semplice accompagnamento coattivo dell'imputato davanti al giudice e dal suo statu di fermo per il tempo strettamente necessario – ore o al massimo giorni, non anni – per interrogarlo in un'udienza preliminare o in un incidente probatorio*”.



Se a prisão para *conveniência da instrução criminal* não cumpre suas finalidades declaradas, o que se verifica pela observação empírica de sua manifesta ineficácia, no cotidiano, há de se ponderar sobre a existência de outras funções exercidas com sucesso, funções *reais* ou *latentes* eminentemente ligadas ao princípio inquisitivo:

Excluída a função de conservação das provas, a persistência da detenção não pode ter outro efeito (para não dizer outro escopo) que aquele de colocar o acusado em uma condição de submissão, de lhe obstaculizar a defesa, de lhe eventualmente flagrar em uma confissão e talvez de permitir aos outros sujeitos – a acusação, a parte civil ou outros interessados – de contaminarem eles próprios as provas.<sup>403</sup>

É sobre isso que CASTRO fala quando diz que *se protege uma prova que se não tem*, comparando a investigação a uma “atividade de pesca”, ou seja, para ver o se encontra, enquanto o acusado está preso.<sup>404</sup>

### § 3º Prender para garantia de aplicação da lei penal

Quanto à necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, as principais hipóteses são a destruição do próprio patrimônio por parte do acusado a fim de evitar eventual ressarcimento pelo crime<sup>405</sup> e a demonstração de intenção de *fuga*.

Segundo OLIVEIRA, neste sentido, “a prisão preventiva para *assegurar a aplicação da lei penal* contempla as hipóteses em que haja risco *real* de fuga do acusado e, assim, risco de não-aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória”.<sup>406</sup>

Para ZAVALETA, este seria o *único escopo possível* para a prisão cautelar, a fim de assegurar a presença do imputado em juízo e garantir eventual aplicação da pena.<sup>407</sup> No

<sup>403</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 568-569. Trad. livre. No original: “Esclusa la funzione di conservazione delle prove, la protrazione della detenzione non può avere altro effetto (per non dire altro scopo) che quello di porre l'imputato in una condizione di sudditanza, di ostacolarne la difesa, di piegarlo eventualmente alla confessione e magari di consenti ad altri soggetti – l'accusa, la parte civile o altri interessati – di inquinare proprio essi le prove”.

<sup>404</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una 'lettre-de-cachet' moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 555.

<sup>405</sup> A questão se insere dentre as medidas de coerção *real* e se resolve através das medidas cautelares de arresto e seqüestro, extrapolando o objeto de estudo deste trabalho

<sup>406</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, p. 434.

dizer de CHIAVARIO, seria uma *finalidade de fronteira* entre a proteção do conjunto probatório e a tutela da coletividade<sup>408</sup>. Também BINDER se posiciona favoravelmente à legitimidade da prisão cautelar nesta hipótese, argumentando que, supondo não se poder julgar à revelia, o imputado teria o poder de efetivamente obstar o processo, ao desaparecer.<sup>409</sup>

A primeira tensão que surge é decorrente do fato de se tratar, indubitavelmente, de um *juízo prognóstico* sobre a possibilidade de evasão do réu, *supondo* também uma condenação a ser frustrada pela fuga. *Prognose* é conceito muito próximo de *presunção*. Entretanto, exige-se “fatos concretos que demonstrem a necessidade da medida”<sup>410</sup> de modo que o perigo de fuga não seja *presunção judicial* e sim “fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente, que o acusado deseja se subtrair à ação da justiça”.<sup>411</sup> Segundo LOPES JR., há ainda um desdobramento do princípio de inocência a impor ao juiz que “presuma também a obediência do acusado ao chamamento do Estado, e só em caso de quebra dessa presunção é que se pode falar em uma medida restritiva da liberdade”.<sup>412</sup>

As tentativas de formulação de “operações lógicas” para se aferir a possibilidade de fuga decorrem da proporcionalidade à pena cominada, tendo-se desde logo, por exemplo, como improvável a fuga quando houver algum “benefício processual” a ser fruído. O fulcro da questão é saber se mais correto seria um juízo de probabilidade fundado nas circunstâncias do caso concreto ou segundo uma possibilidade aferida por critérios técnicos, através de um cálculo a partir da pena prevista. Segundo CRISTIANI, é preciso conjugar os fatores<sup>413</sup> e considerar tanto o caso concreto como os elementos técnicos decorrentes da consideração da pena *em abstrato*.

Segundo CASTRO, o *juízo prognóstico* que se faz é de qualquer forma puramente subjetivo, *por mais objetivas que seja em suas pautas e referências fáticas*<sup>414</sup>, porque

---

<sup>407</sup> ZAVALETA, Arturo. **La prision preventiva y la libertad provisoria**, p. 81.

<sup>408</sup> CHIAVARIO, Mario. **La reforma del proceso penal**, p. 158.

<sup>409</sup> BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**, p. 151.

<sup>410</sup> KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 87.

<sup>411</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 617.

<sup>412</sup> LOPES JR., Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. **Revista dos Tribunais**, v. 748, p. 458.

<sup>413</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 237.

<sup>414</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 551.

consubstanciado em um conjunto de presunções: que a imputação é verdadeira, que haverá uma punição pelo fato imputado e, enfim, que deverá ocorrer a fuga do acusado.

Não há qualquer abordagem específica do tema pelo Código de Processo Penal brasileiro, na medida em que se tem apenas a hipótese de prisão preventiva para “garantia de aplicação da lei penal”; restando à doutrina e à jurisprudência refletir sobre seu conteúdo. Assim como no caso da *conveniência da instrução criminal*, vale anotar a tentativa da legislação da Costa Rica ao buscar detalhar parâmetros e critérios para o juiz aferir o perigo de fuga<sup>415</sup>, tais como a ausência de atualização do endereço por parte do acusado, seu comportamento em processos anteriores e assim por diante. Dispõe o Código costa-riquenho:

“Art. 240. Para decidir sobre o perigo de fuga se levará em conta, especialmente, as seguintes circunstâncias: a) residência no país, determinada pelo domicílio, residência habitual, assento da família, de seus negócios ou trabalho e as facilidades para abandonar definitivamente o país ou permanecer oculto. A falsidade, a falta de informação ou de atualização do domicílio do imputado constituirá presunção de fuga; b) a pena que se poderia chegar a impor no caso; c) a magnitude do dano causado; d) o comportamento do acusado durante o procedimento ou em outro processo anterior, na medida em que indique sua vontade em se submeter à persecução penal.”<sup>416</sup>

Segundo CRISTIANI, “a valoração prognóstica ínsita na noção de perigo concreto vai calibrada em relação a uma específica e objetiva situação de fato”.<sup>417</sup> Apesar de se buscar a limitação e o controle do espaço discricionário presente no *juízo prognóstico* realizado sobre a relevância da possibilidade de fuga, nota-se que a redação do referido dispositivo indica um sentido oposto.

A crítica que se faz a este fundamento vem principalmente a partir de FERRAJOLI, para quem a argumentação é *circular*: segundo o autor, fugas ocorrem muito mais por se

<sup>415</sup> Sobre o tema, v. ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva en um Estado de Derecho. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**, p. 61.

<sup>416</sup> Trad. livre. No original: “Art. 240. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga; b) la pena que podría llegarse a imponer en el caso; c) la magnitud del daño causado; d) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal”. Observa-se que se tem redação muito similar no art. 243 do Código de Processo Penal paraguaio.

<sup>417</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 236. Trad. livre. No original: “la valutazione prognostica insita nella nozione di pericolo concreto va calibrata in rapporto ad una specifica ed obbiettiva situazione di fatto”.

temer a prisão cautelar que a pena propriamente dita, e se não fosse assim, “*o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria todo o interesse em não fugir e se defender*”.<sup>418</sup>

Seriam quatro, para FERRAJOLI, os argumentos principais contra a legitimação da prisão cautelar desde um prognóstico de perigo de fuga do imputado, assim sistematizados: (a) a fuga definitiva e bem-sucedida é muito difícil no atual estágio de desenvolvimento tecnológico; (b) a fuga e suas conseqüências constituem em si uma punição significativa; (c) a fuga, embora afastasse o acusado do processo, cumpriria a função de *neutralizá-lo*; (d) o perigo de fuga é diretamente proporcional à severidade das penas cominadas.<sup>419</sup>

Essencial é se ver, mais uma vez, que em uma estrutura não inquisitória não restariam dúvidas em se considerar o interrogatório e demais atos praticados pelo acusado como autênticos *meios de defesa*.<sup>420</sup> Ora, não se evade à própria defesa e a ausência no interrogatório jamais poderia ser causa para uma custódia cautelar. Para além de se cumprirem, aqui, finalidades declaradas referentes à garantia de aplicação de uma pena que sequer existe, o que se busca é *ter o acusado à disposição* e, principalmente, *considerar-se o acusado enquanto fonte de prova*<sup>421</sup> e *objeto de investigação*. Precisa, nesse sentido, a crítica de ILLUMINATTI:

Quando se fala em assegurar a presença do acusado no processo a fim de submetê-lo ao interrogatório, entra-se na mesma lógica que outrora conduzia à tortura, se desta forma pretende-se obter do réu a verdade e talvez alcançar uma confissão. Não se pode esquecer que o interrogatório é essencialmente um meio de defesa, e se o acusado pretende comparecer o faz antes de tudo pelo próprio interesse.<sup>422</sup>

<sup>418</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 569. Trad. livre. No original: “*l'imputato, almeno fino alla vigilia della condanna, avrebbe semmai tutto l'interesse a non fuggire e a difendersi*”.

<sup>419</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 570.

<sup>420</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 246-247: “É princípio fundamental de civilidade jurídica que uma pessoa que tenha sua liberdade subitamente restringida possa exercer o mais cedo possível seus direitos de defesa. (...). O exercício do direito de defesa tem sua primeira manifestação no interrogatório. (...). Isso põe em relevo a prevalência do caráter de meio de defesa que tem o interrogatório”. Trad. livre. No original: “È principio fondamentale di civiltà giuridica che una persona che abbia subito una restrizione della propria libertà sia posta in condizione di esercitare il più presto possibile tutti i suoi diritti di difesa. (...). L'esercizio del diritto di difesa ha la sua prima manifestazione nell'interrogatorio. (...). Ciò pone in risalto la prevalenza del carattere di mezzo di difesa che l'interrogatorio ha ...”. Também assim FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 567: “O interrogatório do imputado, em uma visão não inquisitória do processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito da defesa”. Trad. livre. No original: “L'interrogatorio dell'imputato, in una visione non inquisitoria del processo, non è una necessità dell'accusa, ma un diritto della difesa (...)”.

<sup>421</sup> Por exemplo, v. TAORMINA, Carlo. **Diritto Processuale Penale**, v. I, p. 377: considerando o acusado como “a principal fonte de prova”.

<sup>422</sup> ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 964. Trad. livre. No original: “Quando si parla di assicurare l'imputato al processo per sottoporlo ad interrogatorio si entra nella stessa logica che una volta

No mesmo sentido anteriormente exposto quanto ao resguardo do conjunto probatório, *prender* porque o acusado *pode fugir* é a confissão, pelo Estado, de sua própria ineficiência, paga com sacrifício de direitos individuais:

O perigo de fuga não é nada mais que a prova cabal da eventual ineficiência do Estado em conseguir que os cidadãos acusados não escapem de suas mãos, porque está admitindo simplesmente que se fosse essa a vontade do acusado não poderia evitar. (...). A falta de recursos do órgão persecutório para manter os réus sujeitos ao processo não pode ser compensada com a violação dos direitos individuais. É como lhes dizer ‘como não posso assegurar que estejas aqui se decidir exercer teus direitos, diretamente te os cerceio’.<sup>423</sup>

A observação de CASTRO aponta menos para uma “real confissão” do Estado nesse sentido e mais para a percepção de que há *outras funções* cumpridas pela prisão cautelar decretada para aplicação da lei penal, regidas pela manutenção da lógica a que se referiu ILLUMINATI, consubstanciada na compreensão do acusado enquanto *meio de prova e objeto de investigação*, e não como *sujeito de direitos livre para se defender segundo o processo legal devido*. A *lógica deformada* atinge em cheio o *imaginário* do julgador<sup>424</sup>, donde se vê que o núcleo do problema reside no próprio sistema: sendo inquisitório, o que dentro dele se chama de finalidades *endoprocessuais* se confunde com *funções reais* eminentemente vinculadas ao princípio inquisitivo. Neste sentido:

Cada vez mais freqüentemente a captura é ordenada, e sobretudo mantida, para constranger o imputado a confessar ou a colaborar. Também este uso do cárcere como meio de intimidação e de pressão é tipicamente policialesco. Os métodos ‘de polícia’ no pior sentido – pensar os suspeitos e recolher sopros e observações – penetram assim no costume judiciário. E o processo novamente se inferioriza frente a relações de força entre o acusado, induzido à confissão ou à delação pelo temor ao cárcere e a esperança na liberdade, e a acusação pública, que auto reflexivamente experimenta *in corpore vili*, como na antiga tortura, suas hipóteses.<sup>425</sup>

---

conduceva alla tortura, se si pretende in questo modo di ottenere da lui la verità e magari raggiungere ad una confessione. Non va dimenticato che l’interrogatorio è essenzialmente un mezzo di difesa, e se l’imputato intende sottoporvisi (...) lo fa in primo luogo nel proprio interesse”.

<sup>423</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 552. Trad. Livre. No original: “El peligro de fuga no es más que la prueba cabal de la eventual ineficiencia del Estado para lograr que los ciudadanos imputados no se vayan de sus manos, porque está admitiendo lisa y llanamente que si fuera ése el designio del acusado no podría evitarlo. (...). La falta de recursos del órgano persecutorio para mantener sujetos al proceso a sus legitimados pasivos, no puede ser cargado con la violación de los derechos individuales. Es como decirles ‘como no puedo asegurar que estés aquí se decides ejercer tus derechos, directamente te los cerceno’”.

<sup>424</sup> Cf. referido, v. CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**, p. 51 e ss.

<sup>425</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 810. Trad. livre. No original: “Sempre più comunemente la cattura è ordinata, e soprattutto mantenuta, per costringere l’imputato a confessare o a collaborare. Anche quest’uso del carcere come mezzo di intimidazione e di pressione sull’imputato è tipicamente poliziesco. I metodi ‘di polizia’ nel senso peggiore – torchiare i sospetti e raccogliere soffiati e spiate – entrano attraverso di esso nel costume giudiziario. E il processo nuovamente s’abbassa a rapporto di forza tra l’imputato, indotto

A medida *garante o êxito instrutório*<sup>426</sup> e demonstra a regência do princípio inquisitivo a incidir sobre a figura do *imputado* como principal ferramenta da instrução. E apenas se omitindo tal percepção, operando, mais uma vez, sob a égide da filosofia da consciência<sup>427</sup>, seria possível crer que a adequação de um discurso, na dimensão teleológica, fosse suficiente para ocultar tensões inerentes a realidades substancialmente idênticas. Se a democracia decorre de práticas democráticas, é ela quem paga o preço; mormente nos países periféricos onde a exclusão e a injustiça constituem uma situação *originária* e é maioria de excluídos a matéria-prima que compõe a “clientela” das agências de controle.

### 2.3. A PRISÃO PROCESSUAL COMO EXPRESSÃO POR EXCELÊNCIA DA ESTRUTURA INQUISITÓRIA

§ 1º **Imputado como meio de prova e objeto de investigação**

§ 2º **Paralelos: tortura, *lettres-de-cachet* e pena extraordinária**

§ 3º **A prisão cautelar nos sistemas acusatórios**

#### § 1º **Imputado como meio de prova e objeto de investigação**

É manifesta a matriz inquisitiva da custódia cautelar na forma tal qual se a conhece hoje.<sup>428</sup> Para sua percepção e compreensão serve o estudo da inquisição medieval, o qual

---

alla confessione o alla delazione dal timore del carcere e dalla speranza della liberta, e la pubblica accusa, che autoriflessivamente sperimenta in corpore vili, come nell’antica tortura, le sue ipotesi accusatorie”.

<sup>426</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 469: “a medida garante o êxito instrutório (excluída qualquer pressão sobre o acusado para que coopere) e a execução de eventual condenação”. Trad. livre. No original: “la misura garantisce l’esito istruttorio (esclusa ogni pressione sull’imputato affinché cooperi) e l’esecuzione dell’eventuale condanna”.

<sup>427</sup> E se pode observar que a crítica é possível mesmo nesta dimensão; afinal, é o caso da rejeição da distinção entre prisão *processual* e *penal* pelo modelo garantista de FERRAJOLI, por considerar que o juízo realizado sobre a existência de *periculum libertatis* seria sempre de caráter potestativo, não passível de verificação empírica e, portanto, arbitrário.

<sup>428</sup> Vide, nesse sentido: NUNES, Leandro Gornicki. Prisão preventiva: uma visão garantista. **Para um Direito Democrático**, p.180-183; VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.II, p. 237-242; KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**, p. 83; e também: SERGI, Natalia. La privación de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, p. 130: “A prisão preventiva no modelo inquisitivo tem uma série de características que a confrontam severamente com o princípio de inocência: a regra é a privação da liberdade; estabelecem-se determinados delitos que não habilitam a liberdade durante o processo; não se estabelecem prazos absolutos

auxilia a desvelar a atuação do *princípio inquisitivo* no processo penal hodierno, na medida em que “o discurso inquisitorial sobrevive em constante adequação às realidades emergenciais”<sup>429</sup> e revela “os laços íntimos que se estabelecem entre um projeto político e o sistema penal que lhe dá sustentação”.<sup>430</sup> E mais:

A inquisição nos legou o princípio da oposição entre a ordem jurídica virtuosa e o caos infracional, ou seja, a idéia de que a infração desorganiza (desvirtua) a ordem. (...). A matriz do *combate ao crime* vê-se assim revigorada e o emprego pioneiro do dispositivo militar como instrumento penal, na cruzada de Inocêncio III contra os albigenses, nos desvela conexões funcionais judiciário-militares que, mais ou menos camufladamente, subsistem até os nossos dias. É hoje ponto pacífico entre historiadores que na cruzada contra os albigenses a questão da heresia não foi mais que o pretexto original para uma disputa política, que afinal beneficiaria o poder real...<sup>431</sup>

Além de política, tal disputa era também *econômica*, na medida em que:

Os cofres dos feudos, todos sabem, estavam esvaziando com uma velocidade ímpar. Com isso, era natural o resultado negativo de uma campanha verbal anti-herética (efetivamente colocada em prática), quicá levada a cabo sabendo-se de antemão que não iria produzir os efeitos aparentemente desejados, até porque as *cruzadas* já haviam se iniciado (a primeira começa em 1095), parecendo inequívoco seu escopo econômico.<sup>432</sup>

O processo penal inquisitório “deixa de ser um método para determinar se corresponde a sanção, para se converter em um instrumento punitivo, tão gravoso como as mesmas penas em que terminava”.<sup>433</sup> A custódia preventiva, nesse contexto, caracterizava-se por *não ter uma disciplina fixa*, sendo deixada ao arbítrio do juiz, “quem procedia

---

para a duração da privação da liberdade; nem medidas alternativas e, especialmente, não se concebe a prisão preventiva como uma medida cautelar, mas como uma pena antecipada”. Trad. livre. No original: “La prisión preventiva en el modelo inquisitivo tiene una serie de características que la confrontan severamente con el principio de inocencia: la regla es la privación de la libertad; se establece determinados delitos que no habilitan la libertad durante el proceso; no se establecen plazos absolutos para la duración de la privación de la libertad; ni medidas alternativas y, especialmente, se concibe la prisión preventiva, no como una medida cautelar sino como una pena anticipada”.

<sup>429</sup> CASARA, Rubens R. **Interpretação retrospectiva**, p. 13: “o paradigma inquisitorial sobrevive tanto no campo normativo, quanto no das práticas judiciárias, sendo impossível pensar o processo penal brasileiro senão como o fruto daquele modelo”.

<sup>430</sup> BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, p. 238.

<sup>431</sup> BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, p. 239.

<sup>432</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 22.

<sup>433</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.II, p. 23-34. Trad. livre. No original: “deja de ser un método para determinar si corresponde la sanción, para convertirse en un instrumento punitivo, tan gravoso como las mismas penas en que terminaba”. Sobre o tema, v. CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Luís Fernando Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002.

segundo a qualidade das pessoas, a gravidade do delito, etc.”.<sup>434</sup> Através do *enjuiciamiento inquisitivo*, utilizado na Alta Idade Média, o constrangimento direto sobre o acusado ocorria desde o início da perseguição, convertendo-o em *objeto processual* subordinado à busca da verdade real.<sup>435</sup>

Afirmar que a prisão processual é a expressão, por excelência, de uma estrutura essencialmente inquisitória, significa dizer ser ela o instituto através do qual a gestão da prova, que passa a ser também a *gestão do imputado*, concentra-se nas mãos do órgão julgador. Esta seria, grosso modo, uma *função real* efetivamente exercida pela prisão cautelar nesses casos. É nítido, afinal, como a valorização do acusado como *meio de prova*<sup>436</sup>, restando à disposição da instrução e do julgador, é fundamental na formulação da base doutrinária sobre o tema. Vide, por exemplo, o que afirma BARROS sobre a *conveniência da instrução*:

A *conveniência da instrução criminal* tem função dúplice: a) utilizar-se do acusado como prova no processo; b) evitar que ele prejudique a colheita de prova, dificultando a descoberta da verdade. No primeiro aspecto, não se apresenta mais qualquer dúvida de que o acusado é também prova no processo, não só pelo que possa dizer, cooperando com o juiz na reconstrução fática; mas também pelo seu próprio aspecto somático, bastando pensar num reconhecimento de pessoa, o qual não se realiza sem a sua presença. Neste aspecto o acusado prova com seu corpo, sendo examinado em juízo como se fora uma prova real.<sup>437</sup>

Se a *nota característica* de uma estrutura inquisitória é a *subordinação total do processado ao processo*<sup>438</sup>, parece ser a custódia cautelar o mecanismo que mais explicitamente concretiza tal relação. Para CORDERO, é a busca da *verdade* dentro do sujeito o que permite se falar da custódia cautelar nestes termos:

A inquisição é uma prática psico-compulsiva dirigida a fluxos verbais auto-incriminantes. (...) Uma vez que o êxito depende de duas variáveis, estímulo e mecanismos defensivos, o animal confessante vai diligentemente construído: em primeiro lugar, o inquisidor corta todo acesso ao ambiente externo; depois o deixa à deriva em um vazio exposto a pesadelos; no exato momento de

<sup>434</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 58. Trad. livre. No original: “quien procedía según la calidad de las personas, la gravedad del delito, etc”.

<sup>435</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.II, p. 239; e também: SERGI, Natalia. La privación de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, p. 129.

<sup>436</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, v.II, p. 71: “No se olvide el valor que el imputado tiene como prueba”.

<sup>437</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Proceso Penal Cautelar**, p. 200-201.

<sup>438</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.I, p. 209: “Existe una subordinación total del procesado al proceso y una correlativa falta de facultades operativas para contrarrestar una atribución delictiva que, por lo general, sólo se presume, ya que no se suministra al reo información precisa al respecto”.



afrouxamento, desencadeia estímulos adequados. (...). Em suma, os jogos inquisitórios requerem pacientes psiquicamente trabalhados: coisa impossível em lugares abertos; e sendo todo acusado um provável culpado, óbvio que fique recluso, ‘custodiendus’. Submete-se a longas paralisações o tempo inquisitorial.<sup>439</sup>

Diz-se, neste sentido, que “a detenção, é verdade, apresenta esta outra vantagem que é facilitar a investigação da verdade evitando uma perturbação das provas, permitindo o comparecimento do acusado perante seus juízes e a posterior execução da pena”.<sup>440</sup> Também HASSEMER, ao defender a legitimidade da prisão preventiva para fins de garantia da execução, fala em “possibilitar um procedimento na presença do imputado com oportunidade de averiguar a verdade e a imposição das conseqüências penais”.<sup>441</sup> Resgata-se, malgrado a atmosfera de um processo penal moderno e *humanizado*, aquele que é o mais típico traço da estrutura inquisitória:

acredita-se nos acusados quando eles acusam ou se auto-acusam, enquanto se os têm como falsos ou reticentes quando se defendem ou negam ou minimizam. A verdade processual, nessa hodierna inquisição, é em suma a verdade acusatória tida a priori pelos juízes: que não tolera negações, mas apenas confirmações e confissões; que se articula em axiomas e teoremas deduzidos do projeto vigente (...) de raciocínios viciados e argumentações circulares. E o processo, de instrumento de controle das hipóteses acusatórias, transmuda-se em uma espécie de celebração solene da acusação, onde aos imputados não resta nada a não ser confessar também o falso porque corresponde à acusação, ou pior, aquilo que supõem que os juízes supõem como verdadeiro e que talvez não foi nem mesmo contestado.<sup>442</sup>

<sup>439</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**, p. 256. Trad. livre. No original: “L’inquisizione è una pratica psico-compulsiva diretta a flussi verbali autoincriminanti. (...). Siccome l’esito dipende da due variabili, stimolo e meccanismi difensivi, l’animale confessante va diligentemente costruito: in primo luogo, l’inquisitore taglia ogni riferimento all’esterno; poi lo manda alla deriva in un vuoto esposto ad incubi; al punto giusto d’infrollimento, innesca stimoli adeguati. (...). Insomma, le partite inquisitorie richiedono pazienti psichicamente lavorati: cosa impossibile in luoghi aperti; ed essendo ogni inquisito un probabile colpevole, alla cui condanna manca soltanto una confessione, ovvio che stia recluso, ‘custodiendus’. Soggiace a lunghe stasi il tempo inquisitoriale”. No mesmo sentido, MARCHETTI, Paolo. **Testis Contra Se**, p. 146: “a inquisição é de fato, em seu aspecto fundante, necessidade de saber, necessidade de penetrar no íntimo da consciência, convite à fala, sem se exigir que sejam indicados ao interrogado percursos precisos”. Trad. livre. No original: “l’inquisizione è infatti, nel suo aspetto fondante, bisogno di sapere, necessità di penetrare nell’intimo delle coscienze, invito a parlare, senza bisogno che siano indicati all’interrogato percorsi ben precisi”.

<sup>440</sup> MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de Droit Criminel**, t. II, p. 450. Trad. livre. No original: “la détention, il est vrai, présente cet autre avantage qu’elle facilite la recherche de la vérité en évitant une perturbation des preuves et qu’elle permet la comparution de l’inculpé devant ses juges et l’exécution ultérieure de la peine”.

<sup>441</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 119. Trad. livre. No original: “posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales”.

<sup>442</sup> FERRAJOLI, Luigi. L’imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell’emergenza. **Dei delitti e delle pene**, p. 589. Trad. livre. No original: “gli imputati vengono creduti quando accusano o s’autoaccusano, mentre sono ritenuti falsi o reticenti quando si difendono o negano o minimizzano. La verità processuale, in questa odierna inquisizione, è insomma aprioristicamente la verità accusatoria detenuta dai giudici: che non

Construiu-se, assim, uma imagem do imputado como *custodiendus*, cuja prisão deve ser a regra. A noção permanece viva no imaginário coletivo, fazendo dos acusados, mormente de crimes com maior repercussão, modalidades modernas de *sacrifícios* e mecanismos de *expição* para se *mostrar que há justiça*<sup>443</sup> mas que, no fundo, fazem “gozar coletivamente”:

Quem manda prender tem – ou deve ter – responsabilidade por isso; e não só gozar. É o que se tem passado, em larga escala, no Brasil. Prende-se para gozar (eis as medidas cautelares sendo usadas para outros fins); depois se vai ver se é mesmo o caso de, conforme a CR, prender. O meio tem virado o fim. A prisão cautelar tem sido, com perigosa normalidade, usada como pena. E o processo penal uma pantomima; um jogo de cartas marcadas, dos quais *ex ante* e com frequência, sabe-se o resultado. Eis o reino do sistema inquisitório.<sup>444</sup>

O problema nodal e o *obstáculo epistemológico* remetem e residem no que ocorre desde o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808<sup>445</sup>, por meio da concepção do processo dito *misto*, que oculta a preponderância na instrução, em regra toda desenvolvida na fase preliminar e onde a situação do acusado é efetivamente de *objeto*, na formação do convencimento do julgador.

## § 2º Paralelos: tortura, *lettres-de-cachet* e pena extraordinária

---

tollera smentite ma solo conferme e confessioni; che si articola in assiomo e teoremi dai primi dedotti secondo lo schema costante (...) dalla petizione di principio e dell’argomentazione circolare. E il processo, da strumento di controllo delle ipotesi accusatorie, si tramuta in una specie de celebrazione solenne dell’accusa, ove agli imputati non resta che confessare anche il falso purché corrisponda all’accusa, o peggio ciò che suppongono che i giudici suppongano come vero e che magari non è stato neppure contestato”.

<sup>443</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 559.

<sup>444</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). **Estudos Constitucionais**, p. 147. V. sobre o assunto: CALLIGARIS, Contardo. **Hello Brasil!: notas de um psicanalista europeu viajando ao Brasil**. São Paulo: Escuta, 1991.

<sup>445</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 78. Sobre o tema, v. também: VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**, t. I, p. 142-143: “Todas as garantias primeiramente acordadas, depois de 1789, desaparecem. A instrução é secreta, e o acusado, antes dela, não pode conhecer a acusação nem os documentos coletados pelo juiz, nem pode falar com seu defensor. A prisão preventiva é a regra geral cujo rigor ainda pode ser agravado pela incomunicabilidade. (...). A defesa é nula durante a instrução preparatória.. O Código a organiza apenas para o juízo definitivo”. Trad. livre. No original: “Todas las garantías que a aquél se le acordaran durante la primera, después de 1789, desaparecen. La indagatoria es secreta, y el acusado, antes de ella, no puede conocer la querella ni los documentos recogidos por el juez, ni puede conferenciar con su defensor. La detención preventiva es la regla general cuyo rigor aún puede ser agravado por la incomunicación. (...). La defensa es nula durante la instrucción preparatoria. El Código la organiza sólo para el juicio definitivo”.

Há alguns paralelos e comparações entre institutos próprios da Inquisição e a custódia cautelar com grande potencial crítico e explicativo; e que por isso valem o registro e o destaque. Nota-se, em primeiro lugar, que nos juízos eclesiásticos do Santo Ofício também se distinguia entre prisão processual e prisão penal, mas lá tal diferenciação se efetivava materialmente, no sentido de que havia *espaços físicos* diferentes para cada uma, já que a punição se dava pela via da privação da liberdade. Tinha-se, assim, os cárceres secretos, “prisões onde eram postos os presos para ali aguardarem julgamento, durante o tempo em que se instruíam seus processos”, e o cárcere penal, para *suplício*, decorrente de condenação.<sup>446</sup>

É o que aponta o “Manual dos Inquisidores” escrito pelo frei NICOLAU EYMERICH em 1376, quando respondeu ao quesito “O inquisidor pode ter a sua própria prisão?”:

Pode. O inquisidor dispõe de uma prisão própria, na qual mantém detidos os presos que ainda não foram julgados. Ele pode colocar algemas ou correntes nesses prisioneiros. A prisão na qual os presos devem cumprir a pena – depois do processo – será comum ao inquisidor e ao bispo. É uma prisão horrível, porque foi concebida muito mais para o suplício dos condenados do que para sua simples detenção.<sup>447</sup>

Ao comentar o Manual, em 1578, FRANCISCO PEÑA apenas pondera que “não serve para nada construir duas prisões, se uma só basta. Porém, a distinção jurídica entre ‘guarda’ e ‘pena’ deve ser mantida”.<sup>448</sup>

A tortura, por sua vez, marcou a estrutura inquisitória nestes termos:

O mecanismo inquisitório desenvolve um teorema óbvio: culpado ou não, o imputado detém a verdade histórica; cometeu ou não cometeu o fato; nos dois casos o evento constitui um dado indelével, com a relativa memória; se tudo que ele sabe saísse para fora, toda questão seria liquidável sem perigo de errar; basta que o inquisidor entre em sua cabeça. (...). De qualquer forma, sendo improváveis confissões espontâneas (à parte qualquer ‘tímida consciência’), é preciso lhes estimular. Nada melhor que a tortura.<sup>449</sup>

<sup>446</sup> LIPINER, Elias. **Santa Inquisição**, p. 35-6.

<sup>447</sup> EYMERICH, Nicolau; PEÑA, Francisco. **Manual dos Inquisidores**, p. 203.

<sup>448</sup> *Idem*.

<sup>449</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 48-49. Trad. livre. No original: “L’arnese inquisitorio sviluppa un ovvio teorema: colpevole o no, l’imputato detiene delle verità storiche; ha commesso il fatto o non l’ha commesso; nei due casi l’accaduto costituisce un dato indelebile, con le relative memorie; se quanto lui sa trapelasse, ogni questione sarebbe liquidabile a colpo sicuro; basta che l’inquisitore gli entri nella testa. (...). Senonché essendo improbabili confessione spontanee (a parte qualche ‘conscience timorée’), bisogna stimolarle. Niente di meglio della tortura”.

Também ela era diferenciada enquanto *preparatória*, para fins processuais e instrutórios, quando as provas ainda não eram suficientes à condenação; e enquanto tortura *préalable*, aplicada sobre os já condenados para que delatassem mandantes ou cúmplices.<sup>450</sup>

Instituto processual mais atacado pelos reformadores iluministas<sup>451</sup>, foi durante o século XVII que a tortura passou a ser contestada juntamente à perda de legitimidade do modelo processual do antigo regime e do uso do imputado como prova. Antes das reformas, porém, não só os requisitos e pressupostos para a *tortura* eram análogos<sup>452</sup> aos do cárcere cautelar, no sentido de que também se exigia um lastro mínimo de provas, mas o próprio debate instalado acerca de sua abolição revela traços interessantes: de acordo com MARCHETTI, seus defensores diziam ter ela um escopo *processual* e não punitivo, enquanto a crítica era que ela representava uma antecipação da pena.<sup>453</sup>

Observa-se, em segundo lugar, que no *antigo regime* vigoravam instrumentos de controle consistentes em ordens do rei “para mandar prender, por tempo indeterminado e até que se corrigissem, pessoas que não se adequavam à moral da época”.<sup>454</sup> Eram “*papéis munidos com o sigilo real, intimando que N fosse preso por policiais, recluso e retido ali até nova ordem*”<sup>455</sup>, denominadas *lettres-de-cachet*<sup>456</sup>, reclusões sem condenação e que constituíam a situação de quase todos os presos da Bastilha<sup>457</sup> e outras grandes prisões, especialmente em França. Arma das monarquias, a *lettre-de-cachet* era “a ordem do rei

<sup>450</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 35.

<sup>451</sup> MARCHETTI, Paolo. **Testis Contra Se**, p. 225. V. por todos, nesse sentido, BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 74-75: “Uma estranha consequência que necessariamente decorre do uso da tortura é que o inocente se acha numa posição pior que a do culpado. Com efeito, se ambos são submetidos ao suplício, o primeiro tem tudo contra si, uma vez que ou confessa o delito e é condenado, ou é declarado inocente, mas sofreu uma pena não merecida; ao passo que, um caso é favorável ao culpado quando, resistindo à tortura com firmeza, deverá ser absolvido como inocente, trocando uma pena maior por uma pena menor”.

<sup>452</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 36: “Quanto aos pressupostos (...): que conste um delito (qualquer que seja o autor); seja punível com a morte; e exista uma ‘prova considerável’ contra o imputado”. Trad. livre. No original: “Quanto ai pressuposti (...): che consti um delitto (chiunque sia l’autore); sia punibile con la morte; ed esista ‘une preuve considérable’ contro l’imputato”.

<sup>453</sup> MARCHETTI, Paolo. **Testis Contra Se**, p. 247.

<sup>454</sup> BARLETTA, Junya Rodrigues. **Fundamentos críticos para a deslegitimação da prisão provisória**, p.143.

<sup>455</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**, p. 259. Trad. livre. No original: “*carte munite del sigillo reale, intimanti che N fosse preso dagli sbirri, recluso e tenuto lì fino a nuovo ordine*”.

<sup>456</sup> Sobre o tema, v. MIRABEAU, Honoré-Gabriel de Riquetti. **Des lettres de cachet et des prisons d'état**. Hamburg: Taplor Institution, 1782; FARGE, Arlette; FOUCAULT, Michel Foucault. **Le désordre des familles: Lettres de cachet des archives de la Bastille au XVIIIe siècle**. Paris: Gallimard, 1982; Linguet, Simon-Nicolas-Henri. **Mémoires sur la Bastille**. London: T. Spilsburi, 1783.

<sup>457</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**, p. 27.

referida a uma pessoa a título individual, para lhe obrigar a fazer algo, mas na realidade se transformou em um instrumento liso e plano de castigo imediato”.<sup>458</sup>

A duração, em regra, longa, da prisão cautelar fez com que autores como CORDERO e CASTRO a comparassem com esse instituto. A prisão que resultava de uma *lettre-de-cachet punitiva* não era considerada uma pena, primeiramente, por ter fins diversos dos punitivos; e em segundo lugar, porque a prisão como pena ainda estava por nascer. Foram utilizadas, porém, tendo em vista sua *rápida* intervenção, transmutando-se em meio de pacificação social.<sup>459</sup>

Também as *lettres de cachet* foram combatidas na queda do *antigo regime*, consideradas como “antiga expressão da ‘*justiça reservada*’ do rei”.<sup>460</sup> Sua utilização foi vital, por outro lado, para a germinação da *utopia corretiva* que caracteriza a *invenção penitenciária* que viria a seguir; nota-se, afinal, que o próprio surgimento da prisão como pena tem, em suas raízes, uma reclusão com “natureza processual”:

A diligência de detenção francesa, tampouco era imaginada como antecipação de pena, mas apenas como um remédio ‘processual’ de segurança em favor da sociedade que respirava tranqüila quando o malfeitor estava na prisão, algo assim como a manifestação simbólica do encarceramento que vemos hoje em dia.<sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘*lettre-de-cachet*’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 561. Trad. livre. No original: “la orden del rey referida a una persona a título individual, para obligarla a hacer algo, pero en realidad se transformó en un instrumento liso y llano de castigo inmediato”. E ainda, *Idem*: “O procedimento era simples, solicitava-se sua emissão ao responsável de uma cidade ou comarca, ou representante do rei, após uma breve indagação (...) para verificar se o pedido se justificava (análise superficial do mérito) e seu eventual resultado positivo (evitar a fuga ou ameaça ao denunciante, perigo jurídico)”. Trad. livre. No original: “El procedimiento era simple, se solicitaba su emisión al intendente de una ciudad o comarca, o representante del rey, que luego de una breve indagación (...) para verificar si el pedido estaba justificado (es decir, análisis superficial del mérito) y su eventual resultado positivo (evitación de fuga o molestia al denunciante, peligro jurídico)”.

<sup>459</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal**, p. 128-130.

<sup>460</sup> CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du droit penal et de la justice criminelle**, p. 356. Trad. livre. No original: “jadis expression de la justice retenue du roi”. A expressão ‘*justice retenue*’ se refere à possibilidade do próprio rei ou soberano dispor sobre um processo, em contraposição à *delegação* da função jurisdicional a alguém que o fizesse em seu nome; cf. CORNU, Gérard. **Vocabulaire juridique**, p. 510.

<sup>461</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘*lettre-de-cachet*’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 563. Trad. livre. No original: “La diligencia de detención francesa, tampoco era imaginada como adelantamiento de pena, sino sólo como un remedio ‘procesal’ de seguridad a favor de la sociedad que respiraba tranquila cuando el malhechor estaba en prisión, algo así como la manifestación simbólica del encierro que estamos viendo por estos días”.

A *poena extraordinaria*, por sua vez, foi instituto existente em diversos sistemas inquisitoriais<sup>462</sup> e significava a punição fundada em meros indícios, quando mal sucedida a colheita de provas suficientes à condenação. Aplicava-se em geral a delitos considerados menos graves, sem que houvesse uma decisão pela condenação ou absolvição, aplicando-se, em seu lugar, uma “pena menor”. O instituto cumpria uma função “de segurança coletiva, ou seja, como medida de caráter preventivo, mais que repressivo, a serem utilizadas nos confrontos de pessoas perigosas para a ordem pública por causa de seus antecedentes ou por seus próprios hábitos turbulentos”.<sup>463</sup>

A partir da comparação entre prisão cautelar e *poena extraordinaria*, BOVINO constrói uma crítica frontal àquele que é apontado por muitos como possível *salvação* para uma racionalização da custódia preventiva, que é o *princípio da proporcionalidade*. Segundo o autor, este princípio legitima uma verdadeira *pena de suspeita* e acaba concretizando tudo o que o princípio da inocência pretenderia impedir:

A maneira mais efetiva de demonstrar a irracionalidade da forma em que opera atualmente o princípio da proporcionalidade consiste em realizar sua comparação com a *poena extraordinaria*. Neste sentido, é possível afirmar que a justiça penal ‘soluciona’ sua ineficiência recorrendo à prisão antecipada de inocentes, a partir da mesma racionalidade que estruturava o instituto inquisitivo da *poena extraordinaria*. (...). Pelas razões expostas, o princípio da proporcionalidade não pode ser entendido no sentido de que se reconhece atualmente, não apenas pelas conseqüências que produz e que assinalamos,, mas porque a equivalência temporal da detenção do processado e do condenado jamais pode ser proporcional, devido à diferente *situación jurídica* em que se coloca a pessoa inocente.<sup>464</sup>

Desta forma, supor *proporcional* a custódia cautelar a partir da *pena cominada*, quando o que se tem é um *inocente*, anularia, nesta ótica, o princípio de inocência.

<sup>462</sup> No direito inquisitivo alemão, por exemplo, cf. MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**, p. 309. Anota-se que importantes compilações legais haviam vetado a condenação fundada apenas em indícios, tais como a *Constitutio criminalis carolina*, de 275, e a *Ordonnance de Villers Cotterets*, de 276; cf. MARCHETTI, Paolo. **Testis Contra Se**, p. 104.

<sup>463</sup> MARCHETTI, Paolo. **Testis Contra Se**, p. 178-179. Trad. livre. No original: “di sicurezza collettiva, ossia come misure di carattere preventivo, più che repressivo, da utilizzarsi nei confronti di persone pericolose per l’ordine pubblico a causa della loro vita anteatta o per le proprie abitudini turbolente”.

<sup>464</sup> BOVINO, Alberto. El fallo ‘Suárez Roseo’. **Nueva Doctrina Penal**, p. 679-680. Trad. livre. No original: “La manera más efectiva de demostrar la irracionalidad de la forma en que opera actualmente el principio de proporcionalidad consiste en realizar una comparación con la *poena extraordinaria*. En este sentido, es posible afirmar que la justicia penal ‘soluciona’ su ineficiencia recurriendo al encarcelamiento anticipado de inocentes, a partir de la misma racionalidad que estructuraba el instituto inquisitivo de la *poena extraordinaria*. (...). Por las razones expuestas, el principio de proporcionalidad no puede ser entendido en el sentido que se le reconoce actualmente, no sólo por las consecuencias que produce y que ya hemos señalado, sino, además, porque la equivalencia temporal de la detención del procesado y del condenado jamás puede resultar proporcional, debido a la diferente *situación jurídica* en la que se halla la persona inocente”.

### § 3º A prisão cautelar nos sistemas acusatórios

Pode-se questionar como se daria a custódia cautelar em estruturas hoje essencialmente acusatórias:

Dentro do sistema inquisitório, o comparecimento do imputado ao processo se efetuava, em regra, em estado de privação de liberdade. (...). Embora se possa reconhecer que atualmente a regra se inverteu e que a mesma indica que antes vem o estado de liberdade, como ocorre dentro dos processos predominantemente acusatórios no âmbito anglo-saxão, é evidente que dentro dos países que respondem a influências inquisitórias, como os latino-americanos, a maior parte da população carcerária é do preso sem condenação.<sup>465</sup>

Apesar das dificuldades em se encontrar teorias explicativas consistentes sobre o aumento ou a diminuição nas taxas de encarceramento, vale o registro do estudo realizado, em 1982, por importantes teóricos latino-americanos a partir das estatísticas oficiais acerca do número de presos *com* e *sem* condenação nos países da América Latina e do Caribe.<sup>466</sup> Foi apresentado, ao final, diagnósticos a partir da comparação entre países com sistema jurídico *européu-continental* e *anglo-saxão*.

Notou-se, por um lado, uma proporção muito maior de presos *cautelares* nos países de sistema *européu-continental*<sup>467</sup>; enquanto, por outro, um número menor de presos cautelares acompanhado de um número *global* proporcionalmente maior de presos (incluídos os *com* e *sem* condenação) nos países de sistema anglo-saxão. Constatam, assim,

<sup>465</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.II, p. 247. Trad. livre. No original: “Dentro del sistema inquisitivo, la comparecencia del imputado al proceso se efectuaba, por regla, en estado de privación de libertad. (...). Si bien puede reconocerse que en la hora actual la regla se ha invertido y que la misma indica que la que prima es la del estado de libertad, como ocurre dentro de los procedimientos predominantemente acusatorios del ámbito anglosajón, es evidente que dentro de los países que responden a influencias inquisitivas, como los latinoamericanos, la mayor parte de la población carcelaria es la del preso sin condena”.

<sup>466</sup> CARRANZA, Elías; MORA, Luis Paulino; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El ‘preso sin condena’ en América Latina y el Caribe. **Doctrina Penal**, p. 644: “O trabalho que aqui apresentamos se ocupa da forma quizá mais importante e necessária de desinstitucionalização da prisão nos países da América Latina, pelo número de pessoas que a sofrem e pelas especiais circunstâncias que se dão em torno a ela: referimo-nos à necessidade e às possibilidades de desinstitucionalização da prisão durante o processo”. Trad. livre. No original: “El trabajo que aquí presentamos se ocupa de la forma quizá más importante y necesaria de desinstitucionalización de la prisión en los países de América Latina, por el número de personas que la sufren y por las especiales circunstancias que se dan en torno de ella: nos referimos a la necesidad y posibilidades de desinstitucionalización de la prisión durante el proceso”.

<sup>467</sup> Sem esquecer que se trata de pesquisa levada a cabo em 1982, registrou-se que nenhum dos países de sistema jurídico anglo-saxão tinha mais que 37,44%, dentre seus presos, sem sentença condenatória, enquanto todos os países de sistema *européu-continental* apresentaram uma proporção de mais de 47,4% de presos cautelares (CARRANZA, Elías; MORA, Luis Paulino; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El ‘preso sin condena’ en América Latina y el Caribe. **Doctrina Penal**, p. 649).

que o que “o sistema anglo-saxão nos países da região reduz é o número de presos sem condenação, mas que não indica necessariamente menor repressividade geral”.<sup>468</sup>

Evidentemente, não se pode ignorar que características próprias de cada contexto implicam diferentes modelos explicativos para as diferenças nas taxas de encarceramento, como por exemplo o maior ou menor rigor para se levar a cabo uma acusação, ou mesmo a grande quantidade de crimes não conhecidos ou processados.

De qualquer forma, observa-se que por trás das definições como sistemas de direito “europeu-continental” ou “anglo-saxão” estão estruturas processuais, respectivamente, *essencialmente inquisitórias* ou *essencialmente acusatórias*.

A resposta punitiva mediante a privação de liberdade está presente em ambas, ficando nítida, entretanto, que a utilização intensa da prisão cautelar é mais afeita aos sistemas essencialmente inquisitórios. No modelo acusatório se admite uma *legal custody* como figura atípica, seguindo o discurso que exige finalidades cautelares, sob rigorosos critérios.<sup>469</sup>

No mesmo sentido a conclusão de SERGI, quando se propôs a investigar se haveria uma regulação “não inquisitiva” da prisão processual em códigos com matriz acusatória, analisando e comparando, no trabalho, os sistemas italiano e inglês, vindo a afirmar que *mesmo onde se tem uma matriz acusatória a custódia cautelar é regida pelo princípio inquisitivo*:

Sequer nos códigos acusatórios é possível encontrar uma regulação normativa não inquisitória do cárcere preventivo. A prisão provisória é inquisitória e, por isso, a regulação normativa se desvincula da concepção de sistema em que está inserido (...). A prisão preventiva é inquisitória, ainda que em legislações tradicionalmente acusatórias.<sup>470</sup>

Mesmo não se dizendo que a prisão cautelar possa se *desvincular* totalmente da concepção de sistema em que se insere, tem-se que ela consiste, em sua essência, em

---

<sup>468</sup> CARRANZA, Elías; MORA, Luis Paulino; HOUE, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El ‘preso sin condena’ en América Latina y el Caribe. **Doctrina Penal**, p. 665. Trad. livre. No original: “el fenómeno es demostrativo de que lo que el sistema anglosajón en los países de la región reduce es el número de presos sin condena, pero que ello no indica necesariamente menor represividad general”.

<sup>469</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 459.

<sup>470</sup> SERGI, Natalia. La privación de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, p. 150-151. Trad. livre. No original: “Ni siquiera en los códigos acusatorios es posible encontrar una regulación normativa del encarcelamiento preventivo no inquisitiva. La prisión provisional es inquisitiva y, por ello, la regulación normativa se desvincula de la concepción del sistema en el que está incerto (...). La prisión preventiva es inquisitiva, aún en las legislaciones tradicionalmente acusatorias”.



instituto eminentemente inquisitório, inclusive quando o sistema processual é regido por um princípio dispositivo, como no caso do sistema inglês<sup>471</sup>, sem embargo de não ser, nenhum, um “sistema puro”.

Está-se de acordo, aqui, com VÁSQUEZ ROSSI:

Essas modificações postuladas pelos ideólogos da ilustração e os reformadores de mais de um século, se conseguiram corrigir excessos, foram incapazes de retirar os cimentos de um sistema que manteve sua solidez nos principais aspectos configuradores sobre temas os mais importantes como o monopólio da persecução pública, o aparato oficial de justiça, a especialização letrada, a preparação oficiosa da acusação e a sujeição do imputado.<sup>472</sup>

*Me encierra y después lo fundamenta*<sup>473</sup> é a lógica que parece reger as hipóteses relacionadas às “finalidades endoprocessuais”, mais do que em qualquer outra operando no marco do *primado das hipóteses sobre os fatos*. Interesses *processuais* ou *cautelares* que preponderam sobre *direitos fundamentais* são componentes essenciais desta *cultura inquisitiva*<sup>474</sup> que permanece viva, mormente nos sistemas que se dizem *mistos* mas regidos pelo princípio inquisitivo. A distinção entre uma modalidade de prisão *processual*, “não penal”, para fins exclusivamente *cautelares*, não passa para FERRAJOLI de um *patético sofisma*, deixando de expressar, quanto ao tema, o “otimismo semântico” que marca a teoria garantista:

os princípios éticos-políticos, como aqueles da lógica, não admitem contradições, sob pena de inconsistência: podem ser violados, mas não dobrados à vontade; e uma vez admitido que um cidadão presumido inocente pode ser encarcerado por ‘necessidades processuais’, nenhum jogo de palavras pode impedir que o seja também por ‘necessidades penais’.<sup>475</sup>

<sup>471</sup> Observa-se, coerentemente ao estudo mencionado, que no sistema acusatório inglês há aspectos da prisão cautelar consideravelmente mais moderados tais como a limitação do tempo de duração e prazos para que o caso seja julgado; cf. SERGI, Natalia. La privación de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, p. 151.

<sup>472</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, t.I, p. 209-210. Trad. livre. No original: “Esas modificaciones que postularon los ideólogos de la ilustración y los reformadores de más de un siglo, si bien alcanzaron para corregir excesos, fueron incapaces de sovarcar los cimientos de un sistema que mantuvo su solidez en los principales aspectos configurantes que hacían a temas más importantes como el monopólio de la persecución pública, el aparato oficial de justicia, la especialización letrada, la preparación oficiosa de la acusación y la sujeción del imputado”.

<sup>473</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 553.

<sup>474</sup> ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva en um Estado de Derecho. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**, p. 63.

<sup>475</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 565. Trad. livre. No original: “i principi etico-politici, come quelli della logica, non ammettono contraddizioni, pena la loro inconsistenza: possono spezzarsi, ma non piegarsi a piacere; e una volta ammesso che un cittadino presunto innocente può essere incarcerato per ‘necessità processuali’, nessun gioco di parole può impedire che esso lo sia anche per ‘necessità penali’”.

Já se questionava o autor “se a custódia preventiva é realmente uma ‘injustiça necessária’, como pensava Carrara, ou se na verdade é apenas o produto de uma inconfessada concepção inquisitória do processo que quer o acusado em condição inferior à acusação, imediatamente sujeito a pena exemplar e sobretudo, para além das virtuosas proclamações contrárias, presumido culpado”.<sup>476</sup> No mesmo sentido:

O pouco que analisamos aqui como construção geral e que majoritariamente é aceito até pelos autores mais inovadores, nos permite afirmar, sem hesitação, que um inocente pode estar na prisão sem juízo prévio. Dito de outra forma soa brutal e próprio dos modelos medievais, mas cobertos de certas roupagens pseudo-garantistas, parece coerente.<sup>477</sup>

Tem-se, por fim, que aceitar acriticamente a referida distinção e se contentar com a constante reafirmação, na teoria, dos respectivos (e sem dúvida indispensáveis) princípios limitadores, significa, primeiramente, um daqueles *discursos atenuantes sobre as próprias ilegalidades* que uma sociedade precisa para poder dormir em paz<sup>478</sup>; e em segundo lugar, a *crença* na limitação de um instituto cuja própria matriz, essência, origem e natureza são inerentes a uma aplicação abusiva e desmedida. Isto porque se não trata de se cumprir ou não as referidas finalidades declaradas e sim outras funções, compreendidas desde o enfoque do discurso criminológico e das quais se pretende tratar no capítulo seguinte.

## **Capítulo Três:**

### *3.1. Prisão e história*

### *3.2. Garantir a ordem*

### *3.3. Realidade periférica e a prisão para incapacitar*

## **3.1. PRISÃO E HISTÓRIA**

### **§ 1º Introdução**

<sup>476</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 567. Trad. livre. No original: “se la custodia preventiva è davvero una ‘necessaria ingiustizia’, come pensava Carrara, o se invece sia solo il prodotto di un’inconfessata concezione inquisitoria del processo che vuole l’imputato in condizione d’inferiorità rispetto all’accusa, immediatamente soggetto a pena esemplare e soprattutto, al di là delle virtuose proclamazioni contrarie, presunto colpevole”.

<sup>477</sup> CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 550. Trad. livre. No original: “Lo poco que hemos analizado hasta aquí como construcción general y que mayoritariamente es aceptado hasta por los autores más innovadores, nos permite afirmar, sin hesitación, que un inocente puede estar en prisión sin un juicio previo. Dicho de otra forma suena brutal y propio de los modelos medievales, pero cubiertos de ciertos ropajes pseudogarantistas, parece coherente”.

<sup>478</sup> São palavras de: CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, p. 545.

## § 2º Observações sobre perspectiva histórica

## § 3º A prisão como pena

### § 1º Introdução

A terceira e última parte do presente trabalho aborda a custódia cautelar com o aporte teórico com o qual se compreende a própria prisão como pena, pois se trata de mecanismo central nas *novas estratégias de controle social* e não apenas medida consubstanciada por finalidades processuais. Se, para além destas, há outras funções objetivamente cumpridas, delas se aproxima pela via do discurso crítico criminológico.

Identifica HASSEMER problemas *epistemológicos* no debate sobre a prisão cautelar, na medida em que *críticos* e *defensores* da medida geralmente argumentam em planos de análise distintos:

quem quer ampliar a prisão preventiva invoca o dever de uma administração da justiça de funcionamento eficiente, que contenha a criminalidade. Quem considera excessiva a prisão preventiva o faz em nome das restrições formais judiciais de um procedimento penal de acordo com o estado de direito. (...) o objetivo de uma luta efetiva contra o delito (também) com a ajuda da prisão preventiva não pode negar sua vinculação com objetivos de direito material (como por exemplo, com as teorias preventivas da pena); a crítica a práticas de detenção precipitadas, ou amplas demais, ao invocar a formalidade judicial de um procedimento penal, apóia-se, em contrário, em relações de direito formal.<sup>479</sup>

É preciso bem diferenciar quando se trilha dentro de um modelo *explicativo*, em dimensão diversa daquela própria de modelos *normativos* ou *valorativos*. Só assim se bem compreenderá a *tensão* entre aqueles que querem fazer da medida uma *política de luta contra o crime* e os que enfatizam sua natureza estritamente processual, defendendo o respeito aos seus princípios limitadores. O embate, entretanto, não se resolve com a “vitória” de um ou outro lado, mesmo porque dentro do marco da filosofia da linguagem já

---

<sup>479</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 105-106. Trad. livre. No original: “quien quiere ampliar la prisión preventiva invoca el deber de una administración de justicia de eficiente funcionamiento, de poner coto a la criminalidad. Quien considera excesiva a la prisión preventiva lo hace en nombre de las restricciones formales judiciales de un procedimiento penal acorde con el estado de derecho. (...) el objetivo de una lucha efectiva contra el delito (también) con la ayuda de la prisión preventiva no puede negar su vinculación con objetivos de derecho material (como por ejemplo, con las teorías preventivas de la pena); la crítica a prácticas de detención demasiado apresuradas o demasiado amplias, al invocar la formalidad judicial del procedimiento penal, se apoya, por el contrario, en relaciones de derecho formal”. No mesmo sentido: ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva en um Estado de Derecho. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**, p. 54.

se reconhece a insuficiência do *controle interno* que pretende efetivar *garantias* apenas pelo direito *formal*, ou seja, *com meras palavras*.

A questão que se coloca é se ainda se pode honestamente conceber a hipótese de, uma vez observados e respeitados os princípios informadores voltados à limitação da utilização da prisão cautelar, utilizá-la enquanto medida estritamente processual, marcada pela excepcionalidade e pela proporcionalidade. Assim reflete e adverte HASSEMER:

apenas a partir dos fatos jurídicos não se pode deduzir nem a significação ‘real’ da prisão preventiva como instrumento de política criminal, nem o papel ‘real’ dos pressupostos da detenção. Com relação aos fundamentos da detenção não sabemos, estritamente, quais são os ‘verdadeiros’ fundamentos da prisão, tampouco quais foram ‘realmente’ conduzidos ao juiz, senão apenas aqueles apontados no decreto de prisão preventiva. Só a partir de parâmetros normativos é possível julgar quais são os pressupostos legítimos da prisão preventiva, onde estão seus limites, e se atualmente estes limites estão sendo ultrapassados.<sup>480</sup>

Na medida em que o *controle interno* pelo qual tanto se luta é todo fundado em parâmetros normativos, vê-se que há uma *operacionalidade real* em outro plano a prevalecer. Por isto é que a *crítica* se deve dar neste plano, não sendo suficientes os parâmetros normativos; optando-se, aqui, pela perspectiva segundo a qual, dentro das novas estratégias de controle social, marcadas por um modelo *tecnocrático* de gestão das penalidades, a prisão cautelar exerce papel assaz central que se não coloca passível de limitação pelas garantias formais.

Em outras palavras, significa dizer que a prisão cautelar *existe para ser abusiva*; e negá-lo sob as teses processualistas, mesmo que com a boa intenção de limitá-la e reduzir sua aplicação, implica risco de se *ocultar* o desempenho de sua real função:

Em síntese, na América Latina há um desdobramento do sistema penal oficial em sistema penal cautelar e sistema penal de condenação, sendo o primeiro mais importante que o segundo, dado que abarca a imensa maioria da criminalização, produto de infrações de média e pequena gravidade. O direito penal autoritário reconhece a natureza penal e procura ampliá-la, ou melhor, sem reconhecer-lhe esse caráter, nega toda vigência ao princípio de inocência, ao passo que a doutrina liberal lhe nega caráter penal, com o objetivo de reduzir seu âmbito, sem perceber que, ao mesmo tempo, o está legitimando, sem que isso redunde em resultados práticos redutores.<sup>481</sup>

<sup>480</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 113. Trad. livre. No original: “sólo a partir de los hechos jurídicos no pueden deducirse confiablemente ni la significación ‘real’ de la prisión preventiva como instrumento de política criminal, ni el papel ‘real’ de los presupuestos de la detención. Con relación a los fundamentos de la detención no sabemos, tomado estrictamente, cuáles son los ‘verdaderos’ fundamentos de la prisión, ni tampoco cuáles son han conducido ‘realmente’ al juez, sino sólo cuáles son los que él ha asentado en el decreto de prisión preventiva. Sólo a partir de parámetros normativos es posible juzgar cuáles son los presupuestos legítimos de la prisión preventiva, dónde se encuentran sus límites, y si actualmente estos límites están siendo sobrepasados”.

<sup>481</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, p. 114.

É por isso que se defende, mesmo que se não conceba hoje, faticamente, um processo penal sem prisão cautelar, que se explicita, *na crítica*, sua ilegitimidade. Quando se o faz, porém, afirmando que a prisão cautelar “é sempre abusiva”, evidentemente não se está partindo de um discurso *normativo*, mas antes *explicativo*.

A aproximação ao *marco da realidade* não pode ignorar as transformações no próprio modelo de Estado e da economia, não obstante se tratem, estes, de temas à parte e que mereceriam reflexão bem mais aprofundada. O essencial aqui é que fique claro como se abandona a *utopia corretiva* inerente ao projeto do cárcere como instituição punitiva e se passa a concebê-lo como instrumento administrativo de gestão tecnocrática da criminalidade segundo parâmetros de *eficiência*, mais do que nunca pautados na *neutralização* daqueles tidos como *socialmente perigosos*.<sup>482</sup> A legitimação da prisão penal esteve e está ligada àquela da prisão processual, não podendo se conceber (sob pena de, uma vez mais, limitar-se a *crítica* frente a um *obstáculo epistemológico*) sua análise de forma distanciada:

E aí se encontra, em potencial, a tese que propomos, não para justificar a prisão preventiva, mas para explicar sua persistência enquanto instituição redentora de um sistema falho. (...). A prisão preventiva é uma peça satisfatória em um sistema penal no qual o encarceramento *para eliminar* é a sanção por excelência.<sup>483</sup>

Sabe-se que o direito penal e o direito processual penal têm objetos de estudo próprios e distintos, sendo, por isso, disciplinas *autônomas* e vinculadas por uma *relação mútua de complementaridade funcional*<sup>484</sup>, marcada pela *instrumentalidade* do processo com a qual se tem que qualquer *punição* só se realiza pelo intermédio da dimensão processual.<sup>485</sup>

<sup>482</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal**, p. 174: “Sabe-se que para o neoliberalismo os anormais e criminosos são aqueles que não consomem e representam algum perigo a esta ordem mercadológica excludente e as prisões neste contexto são verdadeiros mecanismos de contenção das massas excluídas”.

<sup>483</sup> VÉRIN, Jacques. La detention preventive et la Criminologie. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, p. 919. Trad. livre. No original: “Et on trouve là, en puissance, la thèse que nous proposons, non point pour justifier la détention préventive, mais pour expliquer sa persistance comme institution de secours d’un système défaillant. (...) La détention préventive est une pièce satisfaisante dans un système pénal où l’emprisonnement éliminatoire constitue la sanction essentielle”.

<sup>484</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**, p. 28.

<sup>485</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, p. 106.

A *criminologia*, por sua vez, consiste em um sistema de conceitos voltado à *explicação* e não à *imputação de culpa* ou *mediação para a punição*. Com o câmbio levado a cabo pelas teorias interacionistas, em um primeiro momento, e com a criminologia crítica, em especial, deixa-se de lado o enfoque *etiológico*<sup>486</sup>, passando-se a um olhar *externo* e *político* que toma por objeto de estudo o próprio sistema constituído pelo direito penal, pelo processo penal e por suas agências operacionais; cambiando-se o objeto de estudo e o próprio método de estudo do objeto, conforme Juarez Cirino dos Santos:

o *objeto* de estudo é deslocado do *criminoso* e da *criminalidade*, como dados ontológicos preexistentes, para o *processo de criminalização* de sujeitos e fatos, como realidades construídas pelo sistema de controle social, capaz de mostrar o crime como qualidade *atribuída* a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal (...).<sup>487</sup>

É o que fez BECKER quando definiu o *desvio* não como uma *qualidade do ato*, mas como um *ato qualificado* ou *criado* pela reação social.<sup>488</sup> Segundo BARATTA, ainda:

o ponto de vista do componente criminológico deixa de ser interno; a investigação se distancia da função auxiliar própria da criminologia etiológica. Adotar um ponto de vista externo ao sistema penal significa, entre outras coisas, que as definições de comportamento criminal produtos da instância do sistema (legislação, dogmática, jurisprudência, polícia e senso comum) não são mais consideradas como ponto de partida, mas como problema e objeto de estudo.<sup>489</sup>

Vale observar que se toma *função* em uma acepção sociológica, referente ao papel objetivamente verificável exercido, distinguindo-se, assim, da *finalidade* meramente *querida* ou *desejável*<sup>490</sup>. Desta forma, o discurso crítico criminológico faz a diferença e

<sup>486</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 711-712: “A *Criminologia etiológica* tem por objeto de estudo o criminoso e a criminalidade, concebidos como realidades *ontológicas* preexistentes ao sistema de justiça criminal e explicados pelo método positivista de *causas* biológicas, psicológicas e ambientais”.

<sup>487</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 712. Também BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica?. **Dei delitti e delle Pene**, p. 53: “Si è tenuto conto, in effetti, che ‘devianza’ e ‘criminalità’ non sono qualità ontologiche o ‘naturali’ di comportamenti e persone, ma piuttosto qualità che sono loro attribuite attraverso processi di definizione e di reazione sociale, informali ed istituzionali”.

<sup>488</sup> BECKER, Howard S. **Outsiders: saggi di sociologia della devianza**, p. 22.

<sup>489</sup> BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 34. Trad. livre. No original: “el punto de vista del componente criminológico deja de ser interno; la investigación toma distancia del rol auxiliar propio de la criminología etiológica. Adoptar un punto de vista externo al sistema penal significa, entre otras cosas, que las definiciones del comportamiento criminal producto de la instancia del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común) no sean consideradas más como punto de partida, sino como problema y objeto de estudio”.

<sup>490</sup> Nesse sentido, v. VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, p. 107: “Enquanto os fins se referem a um aspecto programático da normatividade e acentuam um aspecto valorativo e de sentido geral da sistemática prescritiva e institucional, a *função* tende mais a compreender a operacionalidade real. A função é o exercício ou ação própria de um órgão, seu dinamismo, as particularidades que caracterizam uma determinada atividade”. Trad. livre. No original: “Mientras los fines

esclarece que há, por um lado, finalidades declaradas do sistema penal, e por outro, funções reais diferentes:

a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal; ao contrário, esse estudo deve rasgar o véu da *aparência* das funções *declaradas* ou *manifestas* da ideologia jurídica oficial, para identificar as funções *reais* ou *latentes* da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, que define a separação *força de trabalho/meios de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas.<sup>491</sup>

No âmbito de estudo da prisão cautelar, sob o presente enfoque, escapa-se de um plano estritamente *legal*, pois se toma sua própria existência e legitimação como objeto de estudo.<sup>492</sup> Busca-se, assim, os *lineamentos de um discurso crítico criminológico sobre a prisão cautelar* que compreenda suas funções reais ou ocultas, objetivamente exercidas, de forma coerente ao que se faz com a pena de prisão.

## § 2º Observações sobre a perspectiva histórica

Estudar a *prisão cautelar* como tema que reside ao lado da *prisão como pena* é uma opção que exige, em primeiro lugar, observações metodológicas do ponto de vista histórico, a começar pelo cuidado no manejo de conceitos sem atentar ao período, ao contexto e à *experiência jurídica* própria da civilização em que se inserem:

---

refieren a um aspecto programático de la normatividad y acentúan un aspecto valorativo y de sentido general de la sistemática preceptiva e institucional, *la función* tiende mayormente a comprender la real operatividad. La función es el ejercicio o acción propia de un órgano, su dinamismo, las particularidades que caracterizan una determinada actividad”.

<sup>491</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, p. 460. Observa PAVARINI que “desde o momento em que a pena veio a se ‘emancipar’ do ‘castigo divino’, foi ameaçada permanentemente pelo risco de ser descoberta pelo que, contingentemente, está por trás da ficção do que se quer fazer crer que é”; cf. PAVARINI, Massimo. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. **Capítulo Criminológico**, p. 31. Trad. livre. No original: “desde el momento que la pena se ha venido que ‘emancipar’ del ‘castigo divino’, ha estado amenazada permanentemente por el riesgo de ser descubierta por lo que, contingentemente, está detrás de la ficción de lo que quiere hacer creer que es”.

<sup>492</sup> No mesmo sentido: VÉRIN, Jacques. La detention preventive et la Criminologie. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, p. 917: “Não é a questão aqui determinar as razões que puderam conduzir neste ou naquele caso um juiz de instrução a prender um acusado, mas considerar a prisão preventiva como um fenômeno global. (...) não é à lei nem às disposições regulamentares que se deve imputar o uso extensivo da prisão preventiva”. Trad. livre. No original: “Il n’est pas question ici de déterminer les raisons qui ont pu conduire dans tel ou tel cas un juge d’instruction à incarcérer un prévenu, mais de considérer la détention préventive comme un phénomène global. (...) ce n’est pas à la loi ni aux dispositions réglementaires qu’il faut imputer l’usage extensif de la détention préventive”.

Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, propriedade, contrato, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica* existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. (...). Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido.<sup>493</sup>

O risco em não se tomar tais cuidados é incorrer na comparação leviana de conceitos, noções e instituições jurídicas com significados absolutamente diferentes, pressupondo-se sua *evolução e continuidade*. A observação vale para o próprio termo *imputado*, que segundo MARCHETTI pode ser considerado uma invenção tipicamente moderna:

É claro que um sujeito a ser julgado (é o que entendemos por imputado) sempre esteve presente no processo penal. Mas há algumas considerações incontornáveis que levam a concluir que o *reus* do processo do antigo regime fosse coisa diversa do imputado do século XIX.<sup>494</sup>

Por outro lado, a redução da dimensão histórica à mera referência da existência de determinado instituto em outros tempos e em outras civilizações contribui tão-somente para sua *naturalização*, atribuindo-o legitimidade pela afirmação implícita de “haver sempre existido”. Por todos no Brasil, neste sentido, vê-se como ALMEIDA JR se refere rapidamente à prisão preventiva como medida existente na legislação *ática, romana e visigótica*<sup>495</sup>, antes de adentrar no estudo da medida nas Ordenações portuguesas e na legislação brasileira a partir do Império; ou fazendo uma mera referência ao caráter excepcional da custódia cautelar no direito romano e nas monarquias da Baixa Idade Média<sup>496</sup>, *explicando* a prisão *cautelar* daqueles períodos e sociedades tão-somente como

<sup>493</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**, p. 26-27.

<sup>494</sup> MARCHETTI, Paolo. **Testis Contra Se**, p. 5. Trad. livre. No original: “Certo un soggetto da giudicare (ed è questo que noi intendiamo per imputato) è sempre stato presente nel processo penale. Ma ci sono alcune considerazioni che non possono esse eluse e che portano a concludere che il reus del processo di antico regime fosse cosa diversa dall’imputato del XIX secolo”.

<sup>495</sup> ALMEIDA JR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, vol. I, p. 343-345. No mesmo sentido: ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual**, p. 23: “Mais antiga, como se referiu, do que a prisão como pena, a prisão hoje denominada de preventiva, usada por gregos e romanos, existia na península ibérica desde os tempos da reconquista. Importada do direito romano foi adaptada aos usos e costumes nacionais, mais tarde vertida nas Ordenações Afonsinas, destas para as Ordenações Manuelinas e assim sucessivamente”.

<sup>496</sup> ALMEIDA JR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, p. 344: “o principio geral dominante, nos primeiros tempo da Republica, era que o acusado, cidadão romano, devia ficar em liberdade até o julgamento, desde que dêsse fiadores idôneos como caução do seu comparecimento em juízo”. V. também: LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 12.



locais onde as pessoas aguardavam uma decisão final da justiça para receberem, depois, suas penas.<sup>497</sup>

A conclusão a que se acaba por chegar é que a “prisão preventiva, na sua configuração legal e alcance ou desiderato, foi evoluindo ao longo da história, sendo que a sua função é, hoje, de cariz estritamente processual”.<sup>498</sup>

Tratam-se, porém, de estratégias *glorificadoras do presente* próprias de um método historiográfico *positivista*, fundado na adoção de um modelo evolucionista crente no contínuo e constante progresso das instituições jurídicas:

Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer. (...) promove uma sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução humana e tem inspirado a chamada ‘teoria da modernização’, a qual propõe uma política do direito baseada num padrão de evolução artificialmente considerado como universal.<sup>499</sup>

Assim se faz da história um *discurso legitimador do presente* que ignora a autonomia do passado, reduzindo-o a uma espécie de estágio preparatório daquele. Tais “estratégias” são utilizadas com frequência no trato do tema da prisão cautelar e da própria pena de prisão, compreendendo a primeira como uma *necessidade inquestionável e natural* e esta última como um também *natural e inevitável* resultado de uma evolução<sup>500</sup> da “barbárie à modernidade”.

A premissa *evolucionista* marca o processo penal quando se *crê* na modernidade como o início de uma era distinta da *escuridão* da Idade Média, como se o processo inquisitório ali gestado representasse um período “não civilizado”, mas já findo.<sup>501</sup> Com a modernidade e o pensamento liberal a prisão preventiva teria enfim se assumido como medida destinada a fins “estritamente processuais e sem significado ético”.<sup>502</sup>

---

<sup>497</sup> V. por exemplo: ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual**, p. 22: “A prisão foi durante muitos séculos um lugar onde se guardavam as pessoas até uma decisão final de justiça. A privação de liberdade física servia para evitar a fuga do criminoso entre a captura e a execução da sentença. (...) Será assim possível afirmar que na antiga legislação pátria [N. A.: referindo-se a Portugal] a prisão era sobretudo preventiva”.

<sup>498</sup> ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual**, p. 183.

<sup>499</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**, p. 29.

<sup>500</sup> Registre-se a posição, em outro sentido, de LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 3: observa o autor não se poder falar em “evolução histórica” da pena de prisão, cujo histórico é marcado por *descontinuidades*.

<sup>501</sup> V. por exemplo: LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale**, p. 14.

<sup>502</sup> ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual**, p. 24.

A perspectiva *histórica* deve estar presente de forma a permear todo o trabalho, por um lado porque não passível de restrição a uma seção exclusivamente dedicada a ela e, por outro, porque a custódia cautelar ocupa um lugar muito importante no processo histórico pelo qual a prisão passa a ser a modalidade hegemônica de punição nas sociedades capitalistas.

Já se referiu que a distinção entre uma prisão *para punir* e outra *para manter sob custódia* vem de longa data, o que não significa que se possa invocá-la de outros tempos e civilizações sem se ater ao contexto específico em que se insere cada conceito e teoria. É necessário, com efeito, abordar-se o tema com cuidado, sob pena de se supor que falar em *função cautelar* signifique o mesmo, por exemplo, na sociedade atual e na sociedade romana de séculos atrás; ou de se investigar a *prisão como pena* e a *prisão cautelar*, institutos absolutamente vinculados, em planos e abordagens distintas e distantes.

O que se quer, enfim, buscando não extrapolar o recorte pretendido ao presente trabalho, é destacar a importância de um cárcere com finalidades *endoprocessuais* no processo histórico através do qual a prisão passa a ser a punição por excelência da sociedade capitalista<sup>503</sup>, nestes termos colocados por MORRIS e ROTHMAN:

Aplicar a distinção norte-americana entre *prison* e *jail* (cárcere preventivo) auxilia a investigação acerca dos propósitos da prisão. Simplificando, *jails* se destinam especialmente àqueles aguardando julgamento e aguardando punição; *prisões* são para os criminosos condenados cumprirem a pena. Por evidente, alguns criminosos devem ficar presos até serem trazidos a julgamento e, se condenados, até cumprirem a pena. Neste sentido o sistema de julgamento pressupõe a existência da *jail*. Se a prisão existe e se não sabemos o que mais fazer com um criminoso condenado para o qual não cabe a pena de morte, de açoitamento ou de exílio, ou ainda que não pode ter a permissão de fugir das consequências adversas de seu crime, por que não manter a prisão? Assim, sugerimos, a justificação original para a prisão pode ter sido a incapacitação. Seja como for, o encarceramento serve para remover um criminoso em potencial da comunidade.<sup>504</sup>

<sup>503</sup> PAVARINI, Massimo. Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 256: “o cárcere era já uma realidade conhecida também pelos sistemas penais (...) terminava por cumprir deveres de natureza endoprocessual, ou mesmo de medidas político-administrativas, ou mesmo, em algumas hipóteses, foi lugar onde podia vir aplicada uma pena corporal”. Trad. livre. No original: “il carcere era una realtà già conosciuta anche dai sistemi penali (...) esso finiva per adempiere a compiti di natura endo-processuale, ovvero di misura politico-amministrativa, ovvero, in alcune ipotesi, fu luogo in cui poteva venire irrogata una pena corporale”.

<sup>504</sup> MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J. Introduction. **The Oxford History of the Prison**, p. IX. Trad. livre. No original: “Applying the American distinction between *prison* and *jail* helps to launch the inquiry into the purposes of prison. Oversimplifying, jails hold mainly those awaiting trial and awaiting punishment; prisons hold convicted offenders as a punishment. Of course, some alleged criminals have to be held secure until brought to trial and, if convicted, until punishment. In this sense the system of trials presupposes the existence of the jail. If the cage exists, and if we do not know what else to do with a convicted offender who does not need to be killed or whipped or exiled yet who cannot be allowed to escape adverse consequences for his crime, why not continue the caging? So, we are suggesting, the original justification for the prison may

O contexto específico no qual se quer tratar da *incapacitação* ou *neutralização* como escopo primário hoje exercido pela prisão, penal e processual, é aquele marcado pelas transformações políticas e econômicas sintetizadas no termo *neoliberalismo*<sup>505</sup>, no qual, no âmbito das estratégias de controle social, o princípio da *eficiência* ocupa o vazio deixado pela crise dos ideais de ressocialização.

### § 3º - A prisão como pena

A *instituição penitenciária* surge quando a privação de liberdade passa a ser o *mecanismo punitivo central da sociedade capitalista*, há pouco mais de dois séculos. Uma primeira observação se deve dar sobre a necessidade de se distinguir a compreensão do *cárcere* como prática de exclusão e isolamento, de um lado, e as teorias justificadoras da *privação de liberdade* como *pena*, de outro, na medida em que “o modelo carcerário se

---

have well been incapacitation. Whatever else, incarceration serves to remove a potencial offender from the community”.

<sup>505</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 38: “O nome deve-se a Lippmann, mas os fundamentos, no nascimento, estão marcados pela Sociedade de Mont Pèlerin (1947), encabeçada por Hayek, a qual vem fincada na inimizade de morte com o Estado de bem-estar europeu e com o New Deal norte-americano (Anderson). Embora o radical (neo) pudesse sugerir um novo liberalismo, em suma o que nele se tem uma negação do verdadeiro pensamento liberal, onde a liberdade não pode ser tomada desacompanhada da igualdade. Agora, o inimigo a ser combatido era – e segue sendo – o excesso de igualitarismo que permeia o Estado de bem-estar, fonte da sua hipertrofia”. Concentrando-se, ainda, na dimensão econômica do termo “neoliberal”, há, segundo José Carlos Valenzuela Feijóo, três acepções possíveis: “Às vezes, ‘neoliberal’ diz respeito às características comumente assumidas pela política econômica na fase recessiva do ciclo econômico. Nesse contexto, lidamos com um pacote muito característico de medidas e diretrizes de política econômica. Por exemplo: i) redução das despesas e do déficit públicos; ii) congelamento dos salários nominais e queda do salário real; iii) liberação de preços; iv) restrições no crédito e elevações das taxas de juros; v) desvalorização da moeda e liberalização do comércio exterior, etc.[...]. Uma segunda acepção possível do termo aponta em direção àquilo que poderíamos denominar uma ideologia ou *filosofia econômica*, cujo conteúdo básico reside numa *visão* (e pregação) *ultra-apologética do mercado*. No plano estritamente ideológico, defende-se que o mercado (ou, para sermos mais precisos, a lei do valor) assegura um aproveitamento *pleno e eficiente dos recursos econômicos*. Pela mesma razão, também garante o *crescimento mais acelerado* da produção. A isso, costuma-se acrescentar que um mercado livre de interferências garante *estabilidade econômica* e uma justa *distribuição de renda*, [...]”, sendo a terceira acepção a compreensão de “neoliberal” como “um *determinado padrão de acumulação*, cf. FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. O Estado neoliberal e o caso mexicano. **Estado e políticas sociais no neoliberalismo** (Organização de Ana Cristina Laurell), p. 12-14.

realiza como ‘pena’ em um tempo cronologicamente sucessivo à sua oferta enquanto lugar de práticas de exclusão”.<sup>506</sup>

Rejeitando-se qualquer perspectiva que pretenda explicar as transformações decorrentes do pensamento iluminista enquanto signo de uma “evolução” ou mesmo “humanização” da punição, é certo que o tema deve ser abordado sob a ótica de “uma profunda ruptura com relação à historiografia jurídico-penal tradicional. As transformações históricas da pena representam não o resultado do progresso da sociedade, mas, pelo contrário, a evolução das estratégias com as quais a primeira das ‘duas nações’ sempre impôs sua própria ordem social à segunda”.<sup>507</sup>

Um primeiro marco neste sentido é o trabalho de RUSCHE e KIRCHHEIMER, cuja hipótese é a de que “todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção”.<sup>508</sup> FOUCAULT, pouco mais tarde, identificou nas mudanças a estratégia de uma *nova economia do castigo* e uma *nova gestão das ilegalidades*<sup>509</sup>, voltando-se o sistema à proteção prioritária dos bens e da propriedade.

Assim, antes “o corpo dos condenados se tornava coisa do rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos de seu poder. Agora, ele será antes

---

<sup>506</sup> PAVARINI, Massimo. Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell’ossessione correzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 255. Trad. livre. No original: “il modello carcerario si realizza come ‘pena’ in un tempo cronologicamente successivo al suo offrirsi come luogo di pratiche dell’esclusione”.

<sup>507</sup> GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 38.

<sup>508</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**, p. 18-19: “Portanto, se uma economia escravista acha que o suprimento de escravos é insuficiente e a demanda pressiona, não se despreza a penalidade da escravidão. No feudalismo, por outro lado, não apenas esta forma de punição cai em desuso, quanto nenhum outro método foi descoberto para o uso da força de trabalho do condenado. O retorno para antigos métodos, pena capital ou corporal, foi então necessário, uma vez que a introdução de pena pecuniária para todas as classes era impossível em termos econômicos. A casa de correção foi o ponto alto do mercantilismo e possibilitou o incremento de um novo modo de produção. A importância econômica da casa de correção desapareceu, entretanto, com o aparecimento do sistema fabril. (...) na transição para a moderna sociedade industrial, que requer o trabalho livre como condição necessária para o emprego da força de trabalho, o papel do condenado foi reduzido ao mínimo”.

<sup>509</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 69-70. V. também GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 26: “Diante do espetáculo da mendicância, da pobreza e da dissolução moral oferecida pelos pobres na Europa entre os séculos XVII e XVIII, as estratégias do poder mudam lentamente, passando de uma função *negativa*, de destruição e eliminação física do desvio, a uma função *positiva*, de recuperação, disciplinamento e normalização dos diferentes”. Para uma análise da jurisdição penal a partir da visão deste autor, v. BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal**. Tese (Doutorado). UFPR – Universidade Federal do Paraná, 2005.

um bem social, objeto de uma apropriação coletiva e útil”<sup>510</sup>, devendo ser o castigo um signo *visível* e que servisse como sinal decifrável de *lição* a todos.

O cárcere convivia, até então, com a imposição de sanções que geralmente sacrificavam bens do condenado: a riqueza, a integridade física, a vida, a honra, sem se considerar a *perda da liberdade por um determinado período de tempo* um castigo apropriado:

E isto, simplesmente, porque a liberdade não era considerada um valor cuja privação pudesse ser considerada um sofrimento ou um mal. Certamente existia o cárcere, mas como simples lugar de custódia onde o imputado aguardava o processo: antes da aparição do sistema de produção capitalista não existia a prisão como local de execução da pena propriamente dita (...). Apenas com a aparição do novo sistema de produção *a liberdade adquiriu um valor econômico*: com efeito, apenas quando *todas as formas de riqueza social* foram reconhecidas no denominador comum do *trabalho humano medido pelo tempo*, ou seja de *trabalho assalariado*, foi concebível uma pena que privasse o culpado de um *quantum de liberdade*, ou seja, de um *quantum de trabalho assalariado*.<sup>511</sup>

De fato, o encarceramento de indivíduos até a “invenção penitenciária” guardava finalidades outras que a punição em si mesma.<sup>512</sup> De acordo com FOUCAULT, “a prisão assegura que temos alguém, não o pune. É este o princípio geral”.<sup>513</sup> Não se pode, porém, conforme referido, pretender falar das diferentes formas de expressão desta “prisão processual” sem concentrar sobre cada período, sociedade e contexto específico um estudo com a dedicação e a atenção merecidas<sup>514</sup>, pois o isolamento de indivíduos pode guardar significados substancialmente muito próprios e diversos.

A transformação da prisão em *locus* de punição surge acompanhada de um ideal de *transformação do sujeito*, o que pode ser visualizado, no recorte aqui relevante e sem se

<sup>510</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 91.

<sup>511</sup> PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**, p. 36. Trad. livre. No original: “Y esto, simplemente, porque la libertad no era considerada un valor cuya privación pudiese considerarse como un sufrimiento, como un mal. Ciertamente existía ya la cárcel, pero como simple lugar de custodia donde el imputado esperaba el proceso: antes de la aparición del sistema de producción capitalista no existía la cárcel como lugar de ejecución de la pena propriamente dicha (...). Sólo con la aparición del nuevo sistema de producción *la libertad adquirió un valor económico*: en efecto, sólo cuando *todas las formas de riqueza social* fueron reconocidas al común denominador de *trabajo humano medido en el tiempo*, o sea de *trabajo asalariado*, fue concebible una pena que privase al culpable de un *quantum de libertad*, es decir, de un *quantum de trabajo asalariado*”.

<sup>512</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 21: “Pode-se dizer que a sociedade feudal conhecia o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas (...). Esta tese, que tende a sublinhar a natureza essencialmente processual do cárcere medieval, é acolhida quase unanimemente pela ciência histórico-penal”.

<sup>513</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 98.

<sup>514</sup> Ver, neste sentido, o excelente MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J. (org.). **The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society**. New York: Oxford University Press, 2005; especialmente, sobre o tema, “*Prison before the prison: the ancient and medieval worlds*” (p. 3-43), de Edward M. Peters.

preocupar com uma linearidade entre os diferentes períodos históricos, tanto quando a internação e o isolamento se tornam a modalidade hegemônica de punição como quando se estrutura o Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), após a Segunda Guerra Mundial.

Algo a se anotar, em primeiro lugar, é que a forma de se compreender e tratar a questão da *pobreza* foi um fator determinante na configuração das políticas que levaram à “invenção penitenciária”. O marco desta é a experiência chamada de *grande internamento*<sup>515</sup>, resultado direto, por sua vez, das mudanças de tratamento do pauperismo entre os séculos XVII e XIX.

No Medievo se assumia a pobreza como fenômeno natural e sobre o qual se valorizava sobremaneira a *caridade*. Também nos Estados Unidos do século XVIII, com uma economia ainda predominantemente rural, interpretava-se a pobreza como um fenômeno natural à comunidade, tratada com políticas de *assistência*, ao mesmo tempo em que se legislava com rigor em relação a *imigrantes pobres* e *clandestinos*.

Pois muda, e muito, a visão que se tinha sobre a pobreza e a mendicância quando mudanças na estrutura econômica produzem a demanda por força de trabalho. Tendo por base uma nova *ética* de exaltação ao labor, passa-se inclusive a se tomar a caridade como prática negativa:

Em fins do século XVI, a crescente escassez de força de trabalho pressionou a mudança no tratamento dos pobres. (...). Em toda parte havia queixas amargas sobre a escassez de força de trabalho causada pela mendicância. As leis de repressão aos pobres consideraram este problema. Ao contrário da política do início do século XVI, cuja principal meta era a eliminação da mendicância, o novo programa tinha propósitos mais diretamente econômicos.<sup>516</sup>

Discrimina-se, assim, entre uma pobreza *inocente* e outra *culpável*, tomando por critério a aptidão para o “trabalho subordinado”.<sup>517</sup> Quis-se aplicar para a primeira, não apta para o trabalho, tais como velhos e crianças, políticas assistenciais, e para a segunda, *que poderia, mas não estava trabalhando*, a coerção através de um vasto arquipélago institucional.

Assim emerge a *hipótese institucional*, definida como o “internamento compulsório das massas dos pobres, ociosos e vagabundos nesses espaços definidos, onde a

<sup>515</sup> PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**, p. 36.

<sup>516</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**, p. 59-60.

<sup>517</sup> PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**, p. 32.

administração pública devia encarregar-se da sua educação através do trabalho”<sup>518</sup>, a partir da qual nascem as instituições denominadas *casas de trabalho* ou *de correção*, locais de *internamento para o trabalho forçado*.

Segundo RUSCHE e KIRCHHEIMER, a “primeira instituição criada com o propósito de limpar as cidades de vagabundos e mendigos foi, provavelmente, a Bridewell, em London (1555)”<sup>519</sup>; mas se atribui à Holanda a criação do modelo mais influente na Europa, aberto em 1596 e denominado *Rasp-huis*.<sup>520</sup>

O modelo se alastra pela Europa<sup>521</sup> e também, mais tarde, nos Estados Unidos, com a função de “*socializar a disciplina e a ética manufatureira a quem era, por origem e educação, diferente*”.<sup>522</sup> Identifica-se, assim, uma dupla finalidade: “por um lado, havia uma tentativa puramente disciplinar (...); por outro lado, a escassez de mão-de-obra na primeira metade do século XVII levava a enfatizar a necessidade de fornecer aos internos uma preparação profissional”.<sup>523</sup> Em outras palavras, visava-se “transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. (...). Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente”.<sup>524</sup>

No Brasil o modelo chegou em 1850, com a construção, no Rio de Janeiro, da Casa de Correção da Corte, tida como “a primeira penitenciária brasileira, dentro de um projeto de aproximar a estrutura repressiva do país com os modelos europeus e norte-americanos”.<sup>525</sup>

Paulatinamente, o *internamento* se torna a *pena* propriamente dita. Constatou-se nos EUA e na Inglaterra “os cárceres propriamente ditos – referimo-nos aqui aos *jails* como institutos de custódia preventiva – vazios ou quase vazios, enquanto as *houses of correction*

<sup>518</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 181. V. também: GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 41.

<sup>519</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**, p. 61.

<sup>520</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 100; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 43: “A casa de trabalho holandesa era conhecida por toda a parte pelo termo *Rasp-huis*, porque a atividade de trabalho fundamental que ali se desenvolvia consistia em raspar, com uma serra de várias lâminas, um certo tipo de madeira até transformá-la em pó, do qual os tintureiros retiravam o pigmento usado para tingir os fios”.

<sup>521</sup> Ver MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 48 e ss. Entre outros exemplos, surge a *Casa di lavoro y correzione* (Itália), o *Hôpital Generale* (França), e as *Workhouses* (Inglaterra).

<sup>522</sup> PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**, p. 33. Trad. Livre. No original: “*socializar a la disciplina y a la ética manufacterera a quien era, por origen y educación, extraño*”.

<sup>523</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 57-58.

<sup>524</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**, p. 63.

<sup>525</sup> CASARA, Rubens R. **Interpretação retrospectiva**, p. 42-43. A instituição foi posteriormente transformada no Presídio Frei Caneca, implodido no final de 2006.

ou *workhouses* abarrotadas por uma população extremamente heterogênea”<sup>526</sup>, o que apenas demonstra a vinculação estabelecida entre pobreza e questão criminal.

Com as transformações econômicas que encerram o período mercantilista, inverte-se a situação do mercado de trabalho, agora com *excedente* de mão-de-obra. Sem mais demandar por trabalhadores, “as classes dirigentes não tinham mais necessidade das medidas coercitivas que foram empregadas no período mercantilista para substituir a ausência de pressão econômica sobre as classes trabalhadoras”.<sup>527</sup> Logicamente, as casas de correção perderam sua razão de ser, sendo substituídas pela fábrica e pelo trabalho livre.<sup>528</sup>

Nesse momento, os locais utilizados como cárcere cautelar são “convertidos” em espaço para cumprimento de pena: “As prisões existentes não encontraram novas demandas. Em sua maioria, os edifícios previamente utilizados pelos prisioneiros que esperam julgamento eram agora usados para a execução da sentença de prisão”.<sup>529</sup>

Tal relação histórica com a custódia cautelar é bastante nítida nos Estados Unidos. Observa-se preliminarmente, porém, que esta ali se identifica com a *jail*, “uma prisão distrital ou municipal”<sup>530</sup>, especialmente voltada à custódia de acusados à espera de julgamento, e que convivem, hoje, com as prisões federais e estaduais.

As primeiras medidas de isolamento adotadas na sociedade norte-americana, séculos antes, destinadas aos imigrantes ilegais, já remetiam aos cárceres preventivos. Neste sentido anota PAVARINI que foi a legislação de Nova York em 1683 e em 1721 que previu “as primeiras formas de internamento obrigatório por um período determinado nas *jails*, os primeiros cárceres preventivos”.<sup>531</sup> Mais tarde, a paradigmática *Alburt Prison*, criada em 1787 na Filadélfia, Pensilvânia, nasce de uma prisão originalmente destinada a abrigar acusados à espera de julgamento, a *Walnut Street Jail*.<sup>532</sup> Embora teleologicamente voltadas a finalidades diferentes e mesmo considerando terem se contraposto em

<sup>526</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 185.

<sup>527</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, p. 118.

<sup>528</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, p. 126.

<sup>529</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, p. 138.

<sup>530</sup> McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society*, p. 267. Trad. livre. No original: “a county or municipal prison”.

<sup>531</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 157.

<sup>532</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*, p. 187: “Com base numa lei, foi determinada a construção de um edifício celular no jardim interno do cárcere (preventivo) de Walnut Street, no qual ficariam internados, em *solitary confinement*, os condenados à pena de prisão; a velha construção preexistente deveria continuar servindo de cárcere preventivo”.



determinados momentos, é importante reconhecer o liame entre as casas de correção e os locais de custódia com finalidades oficialmente processuais:

*As houses of correction* ou *workhouses* se apresentam, originalmente, como apêndices arquitetônicos da *jail*. Nelas, a disciplina é praticamente a mesma imposta no cárcere preventivo. Todavia, a população internada nessas instituições é bem diferente. A maior parte dos prisioneiros é constituída por pequenos transgressores da lei aos quais não era aplicada nenhuma pena corporal, por aqueles que tinham infringido a lei sobre a imigração e, sobretudo, por ociosos e vagabundos.<sup>533</sup>

Pondera-se, assim, que “se a *jail* havia mantido a sua finalidade original de cárcere preventivo, era bem outro, de um ponto de vista factual, o sistema de controle social que se baseava na hipótese institucional da *house of correction* ou, dada a flexibilidade terminológica com a qual este instituto era designado, *workhouse*”.<sup>534</sup> As finalidades oficiais eram, evidentemente, diferentes<sup>535</sup>; porém, há de notar como ambas se entrelaçam, do ponto de vista funcional, no processo histórico que produziu a instituição penitenciária e conferiu caráter de *pena* ao cárcere.

Neste sentido, a *jail* passa de “rival” das outras instituições também voltadas ao controle da *vagabundagem*<sup>536</sup>, para a *assimilação* da casa de correção como uma instituição só. Em outras palavras, pode-se dizer haver uma relação de *continuidade* entre ambas:

A sobreposição e uma relutância dos municípios em prover os recursos necessários resultaram em uma assimilação gradual da casa de correção na *jail* [cárcere preventivo]. Havia uma tentativa de revitalização das casas de correção no fim do século XVIII, mas elas eram, então, simples apêndices da *jail*, utilizadas para a punição de contraventores e em regra compartilhando o mesmo guarda. (...). Em 1865, a legislação inglesa reuniu as casas de correção e as *jails*. Estritamente falando, depois dessa data a Inglaterra não teve mais *jails* mas apenas a *jail* e a casa de correção equiparados, mais adequadamente conhecidos pelo termo genérico ‘prisão’.<sup>537</sup>

<sup>533</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 161.

<sup>534</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 184.

<sup>535</sup> McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. **The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society**, p. 271: “Até tempos relativamente recentes a noção da *jail* para reformar o criminoso era desconhecida e de fato pareceria bizarra. Pessoas eram presas para aguardarem seu julgamento e a execução da sentença, fosse ela o flagelo, a morte ou o banimento”. Trad. livre. No original: “Until relatively recent times the notion of using a jail to reform the offender was unknown and indeed would have seemed bizarre. People were held to await their trial and to await the execution of sentence, whether that be flogging, death, or banishment”.

<sup>536</sup> McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. **The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society**, p. 281.

<sup>537</sup> McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. **The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society**, p. 282. Trad. livre. No original: “The overlap and a reluctance of the counties to provide proper funding resulted in the gradual assimilation of the house of correction into the jail. There was an attempted revival at the end of the eighteenth century, but by then most houses of correction were simply wings of the jail, used for the punishment of misdemeanants and usually sharing the same keeper. (...). In 1865, legislation amalgamated the houses of correction and jails in England. Strictly speaking, after

Com a consagração da prisão como pena, abandona-se uma política criminal de aniquilação em prol de um modelo penitenciário legitimado pela finalidade de reintegração de quem se pôs fora do pacto social, delinquindo. FOUCAULT tem a prisão, desde o início, como um lugar de correção e “transformação técnica dos indivíduos”.<sup>538</sup> O sujeito abstrato, violador da norma penal, torna-se “*sujeito concreto de necessidades materiais, em algo que finalmente poderia ser observado, espiado, estudado, em última instância, conhecido*”<sup>539</sup>, o qual será tomado como *objeto de estudo* pelas teorias criminológicas etiológicas.

O modelo correcional apresenta uma *obsessão pedagógica*<sup>540</sup>, com a qual “a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento”.<sup>541</sup> Trata-se de, sob a égide do *poder disciplinar*, produzir sujeitos através do treinamento de seus corpos até se tornarem *dóceis e úteis*:

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita”.<sup>542</sup>

O objetivo da pena de prisão foi, portanto, fazer do *criminoso* um *proletário*, ou seja, “educar (ou reeducar) o criminoso (não-proprietário) a ser *proletário socialmente não perigoso*, isto é, ser não-proprietário sem ameaçar a propriedade”.<sup>543</sup> Tendo-se então a base para a construção de um sistema para a reintegração social do preso, observa COUTINHO ter sido ele criticado por conservadores e progressistas:

Estes, porque a recuperação, quando realizada no modelo idealizado, tinha cariz ortopédico e, portanto, buscava a ‘docilização’ do apenado, conformando-o ao poder, em visível violação dos seus direitos fundamentais. (...). Os conservadores, da sua parte, nunca viram com bons olhos as tentativas de recuperação porque elas implicavam gastos, a seu ver desnecessários, mormente em razão de

---

that date England no longer had jails but only the assimilated jail and house of correction, which ought more properly to be known by the generic ‘prison’”.

<sup>538</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 196.

<sup>539</sup> PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**, p. 37-38. Trad. Livre. No original: “*sujeto concreto de necesidades materiales, en algo que finalmente podía ser observado, espiado, estudiado, en última instancia conocido*”. V. também: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 212-213.

<sup>540</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 64.

<sup>541</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 108.

<sup>542</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p. 119.

<sup>543</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 216.

jamais terem sequer imaginado a mínima responsabilidade da sociedade – e do Estado – na situação individual do criminoso.<sup>544</sup>

Vê-se, em suma, que a teoria da pena moderna é a história de sua justificação, em especial de como a pena *justa* (meramente retributiva) passa a pena *útil* (com finalidades preventivas).<sup>545</sup> Com a crise do chamado Estado de Bem-Estar e do modelo penal fundado no paradigma da ressocialização, o que se vê é a emergência de modelos justificativos que atribuem à prisão a estrita função de prevenção especial negativa, ou seja, de *incapacitação*, até então submersa pelos ideais de intimidação geral e correção do delinqüente.

Não obstante, a admissão pelo “discurso oficial” de que a prisão não corrige, mas tão-somente retira do convívio social aqueles a quem se considera “perigoso”, pode se explicar como um momento de excepcional sinceridade: segundo PAVARINI, “*o sistema penal já não tem necessidade de mentir*”.<sup>546</sup>

A pena, agora, é a pena sem utilidade, é a pena que não transforma, é a pena que não se justifica: “não é expressiva, não é programática, não deseja produzir intencionalmente sofrimento. Intenta apenas reduzir o risco social da criminalidade, pondo quem se tem

---

<sup>544</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). **Estudos Constitucionais**, p. 139-140.

<sup>545</sup> V. sobre o tema PAVARINI, Massimo. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. **Capítulo Criminológico**, n. 21, 1993, Maracaibo: Universidad del Zulia, p. 29-41; e também: PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 57: “Perdida essa razão universal de justiça, sobre a qual se havia fundado, sua sobrevivência esteve marcada pela precariedade: para existir deve demonstrar agora servir para alguma outra coisa. Ao não estar mais em condições de expressar um ideal universal de justiça, em seu processo de laicização a pena termina por se poder justificar apenas e enquanto meio de alcançar uma finalidade”. Trad. livre. No original: “Perdida esa razón universal de justicia, sobre la que se había fundado, su supervivencia estuvo signada por la precariedad: para existir debe demostrar ahora servir para alguna otra cosa. Al no estar más en condiciones de expresar un universal de justicia, en su proceso de laicización la pena termina por poder justificarse sólo por y en cuanto medio para alcanzar un fin”.

<sup>546</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 20. Trad. Livre. No original: “*el sistema penal ya no tiene necesidad de mentir*”. Sobre o “fim das utopias” punitivas, ver também GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 14: “Recent years have witnessed a remarkable turnaround in the fortunes of the prison. An institution with a long history of utopian expectations and periodic attempts to reinvent itself – first as a penitentiary, then a reformatory, and most recently as a correctional facility – has finally seen its ambition reduced to the ground-zero of incapacitation and retributive punishment”.

como perigoso em condição de não causar dano, neutralizando-o”<sup>547</sup>; sem embargo de permanecer, sempre, o gozo coletivo com a punição de alguns.<sup>548</sup>

Ora, o “perigoso”, como se verá, confunde-se a uma tipologia criminológica ligada à criminalização da pobreza, o que de todo se coaduna com uma *eficiência* que, em poucas palavras, trata de *excluir*, em definitivo e no sentido mais radical de neutralização física, senão eliminação, dos em regra já *excluídos*<sup>549</sup> do acesso aos bens fundamentais para viver e crescer com dignidade, e especialmente nos países periféricos como o Brasil.

### 3.2. GARANTIR A ORDEM

#### § 1º Do social à eficiência

#### § 2º Ordem e proteção da comunidade: o debate na Suprema Corte norte-americana

#### § 3º Garantia da ordem como fundamento da prisão cautelar no Brasil

#### § 1º Do social à eficiência

Não obstante não serem *sucessivos*, os dois momentos históricos aqui referidos guardam uma relação de *continuidade* na medida em que no *paradigma da ressocialização* está a marca do pensamento iluminista:

Com sua implícita fé na razão científica e na capacidade de perfeição do homem, esse novo correccionalismo foi um filho legítimo do pensamento iluminista (...). A punição em geral, e as penas retributivas em particular, eram vistas pelos modernistas como irracionais e contra-produtivas, como reminiscências de práticas pré-modernas baseadas na emoção, no instinto e em superstições. (...). O tratamento adequado de criminosos requeria medidas corretivas individualizadas, cuidadosamente adaptadas ao caso específico ou problema particular – não uma pena uniforme, tarifada e mecanicamente aplicada.<sup>550</sup>

<sup>547</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 26. Trad. Livre. No original: “no es expresiva, no es programática, no desea producir intencionalmente sufrimiento. Intenta sólo reducir el riesgo social de la criminalidad poniendo en condición de no dañar a quien se advierte como peligroso, neutralizándolo”.

<sup>548</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). **Estudos Constitucionais**, p. 147.

<sup>549</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 41: “Incluído, da sua parte, é aquele que está dentro do mercado, consumindo e, de consequência, produzindo. O excluído, por seu turno, sobrevive das migalhas porque, à margem do mercado (é um não-consumidor), coloca-se na condição de descartável e, portanto, no quadro atual, mostra-se como um empecilho, dado continuar demandando pelas necessidades básicas”.

<sup>550</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 40. Trad. livre. No original: “With its implicit faith in scientific reason and the perfectability of man, this new correctionalist current was a legitimate child of Enlightenment thought (...). Punishment in general, and retributive punishments in particular, were viewed by the modernists as irrational and counter-productive, as remnants of pre-modern practices based upon emotion, instinct, and superstition. (...). The proper treatment of offenders required individualized corrective measures carefully adapted to the specific case or the particular problem – not a uniform penalty tariff mechanically dispensed”.

Assim, o modelo de um controle social *disciplinar* se materializa “no regime econômico da fábrica, no modelo social do *Welfare State* e no paradigma penal do cárcere ‘correcional’”.<sup>551</sup> Sabe-se, porém, que profundas transformações ocorreram recentemente na estrutura socioeconômica capitalista, com enormes reflexos nas políticas de controle social. Dentre as principais características e indicadores de tais mudanças, a primeira a que se refere GARLAND é exatamente o declínio do *ideal da reabilitação* ou *ressocialização* do condenado, decorrente da crise da própria idéia de *inclusão social*:

programas de ‘reabilitação’ continuam sim a operar nas prisões e onde for (...). Hoje, porém, eles não mais expressam a ideologia que abraça o sistema, nem mesmo consistem no escopo principal de qualquer medida penal. (...). E as possibilidades de reabilitação por medidas da justiça criminal estão freqüentemente subordinadas a outros objetivos penais, particularmente retribuição, incapacitação e controle do risco.<sup>552</sup>

Denominou-se *Estado Social* ou *de Bem-Estar* a idéia de que seria possível, através da estrutura política do Estado, assumindo postura de agente protagonista das políticas sociais e econômicas<sup>553</sup>, a *inclusão social de todos os cidadãos*. Legitimou-se, no plano econômico, a “intervenção do estado na busca de maior justiça social, de maior igualdade entre as pessoas, os grupos e as classes sociais”.<sup>554</sup> Sua estrutura penal, segundo GARLAND, restou marcada pelo ideal da reabilitação do criminoso como objetivo oficial, constituindo toda uma rede de novos ofícios inseridos na justiça criminal, no âmbito da

<sup>551</sup> GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 27.

<sup>552</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 8. Trad. livre. No original: “‘rehabilitative’ programmes do continue to operate in prisons and elsewhere, (...). But today, rehabilitation programmes no longer claim to express the overarching ideology of the system, nor even to be the leading purpose of any penal measure. (...). And the rehabilitative possibilities of criminal justice measures are routinely subordinated to other penal goals, particularly retribution, incapacitation, and the management of risk”.

<sup>553</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 182: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social”. Para uma consistente crítica do modelo de matriz não “neoliberal”, v. KEANE, John; OFFE, Claus. **Contradictions of the welfare state**. London: Hutchinson, 1984; e também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. **Direito e Neoliberalismo**, p. 50: “o Estado de Direito torna-se Estado Social, Providência, responsável pelo bem-estar dos cidadãos. O jogo político levaria a ele ainda que se pudesse antever, à distância, o descalabro onde o mundo poderia meter-se”.

<sup>554</sup> AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**, p. 34.

assistência social, psicologia e psiquiatria<sup>555</sup>, demonstrando a grande confiança que se tinha no *saber especializado*. Assim, “a perspectiva repressiva absenteísta é substituída pela intervencionista”.<sup>556</sup> A crença na transformação do indivíduo era *comum* a liberais e conservadores, nestes termos:

Liberais sublinharam que crime seria um sintoma da desigualdade; que criminosos precisavam ser compreendidos antes de serem julgados; que a polícia não poderia violar direitos dos suspeitos; que as punições eram menos úteis que o tratamento; que a prisão era contra-produtiva e a pena de morte abusiva. Conservadores falaram nos poderes dissuasivos das penas duras e na necessidade de prisões de longa duração e da pena capital. (...). A real discordância era sobre o correto equilíbrio, não sobre o leque de considerações que era legitimamente envolvido. Ambos os lados falaram a linguagem do *bem-estar penal*, e colocaram seus princípios em prática.<sup>557</sup>

Por diversos e complexos fatores, simbolicamente culminados na queda do muro de Berlim em 1989 e no fim da “guerra fria”, o *Welfare State* entrou em colapso político e econômico dando lugar à re-emergência de ideologias econômicas opostas a qualquer planejamento ou intervenção estatal na economia.

O fato novo é a descrença em qualquer possibilidade de ser o cárcere um local ou meio de *ressocialização*, decorrente de críticas por diversas perspectivas e matizes ideológicas. Além das evidentes constatações empíricas sobre a ineficácia do cárcere como meio de *correção* de alguém, algo expresso, por exemplo, pelos altíssimos índices de reincidência, acusou-se também o sistema de ser a causa do aumento dos índices de criminalidade e do sentimento de insegurança da população. Ademais, a crise fiscal incidiu sobre a alocação de recursos necessária para se sustentar uma efetiva política estatal de ressocialização dos condenados.<sup>558</sup>

Segundo HAWKINS e ZIMRING, as críticas eram meramente *desconstrutivas*, sem buscarem substituir, imediatamente, o modelo da ressocialização por outro diferente, dotado de alguma utilidade ou funcionalidade. Porém, “dado que o ato de prender exige

<sup>555</sup> GARLAND, David. *The Culture of Control*, p. 36.

<sup>556</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*, p. 85.

<sup>557</sup> GARLAND, David. *The Culture of Control*, p. 37. Trad. livre. No original: “Liberals stressed that crime was a symptom of inequality; that criminals needed to be understood before being judged; that the police could not be trusted to uphold suspects’ rights; that punishments was less useful than treatment; that the prison was counter-productive and the death penalty unconscionable. Conservatives spoke of the deterrent powers of tough sentences and the need for lengthy imprisonment and capital punishment. (...). The real disagreement was about ‘the right balance’, not about the range of considerations that were legitimately involved. Both sides spoke the language of penal welfarism, and put its principles into practice”.

<sup>558</sup> BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado. *Sistema Penal para o 3º Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel*, p. 251-252.

algum sentido social de justificação positiva, a destruição do paradigma dominante acabou por criar um problema no coração do empreendimento prisional”<sup>559</sup>, resultando assim em um “novo consenso” sobre a justificação e a importância de manutenção da prisão.

O que se seguiu foi uma “visão do encarceramento que ressaltou sua efetividade enquanto meio de punição em si mesmo e incapacitação de longo-prazo”.<sup>560</sup> Nas palavras de BARATTA, junto à renúncia aos objetivos ressocializantes veio “*a reafirmação da função que o cárcere sempre exerceu e continua exercendo: a de ser depósito de indivíduos isolados do restante da sociedade e, por isso, neutralizados em sua capacidade de lhe ‘causar dano’*”.<sup>561</sup>

As primeiras críticas feitas ao “correcionalismo”, entretanto, apresentavam-se como *progressistas* e em prol de uma *humanização* das prisões:

A oposição inicial à retenção punitiva não previa a emergência da ‘incapacitação’ como objetivo central da punição. O argumento de que reabilitação era coercitiva demais não imaginou se desencadear em um encarceramento em massa e em uma ressurreição da pena de morte. (...). O argumento de que a reabilitação não era boa para os criminosos não queria significar que era ‘boa demais para eles’.<sup>562</sup>

Mas o pensamento que se tornou hegemônico foi no sentido de que “políticas de bem-estar para os pobres eram cada vez mais tidas como despesas de luxo aos quais não poderiam mais os árduos trabalhadores e pagadores de impostos suportar”.<sup>563</sup> A hegemonia de tal forma de pensar só pode ser compreendida como inserida em um contexto de reorganização do capitalismo e do papel do Estado, no fenômeno comumente denominando *globalização*. Para ZAFFARONI, trata-se de fenômeno de dupla face: por um lado, uma

<sup>559</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 10. Trad. livre. No original: “given that imprisonment requires some social sense of positive justification, the destruction of the dominant paradigm had to create a problema at the core of the prison enterprise”.

<sup>560</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 61. Trad. livre. No original: “vision of imprisonment that stressed its effectiveness as a means of unalloyed punishment and long-term incapacitation”.

<sup>561</sup> BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado. **Sistema Penal para o 3º Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel**, p. 252. Trad. livre. No original: “*la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido y continua ejerciendo: la de ser deposito de individuos aislados del resto de la sociedad y por esto neutralizados en su capacidad de ‘hacerle daño’ a ella*”.

<sup>562</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 72. Trad. livre. No original: “The principled opposition to predictive restraint did not envisage the emergence of ‘incapacitation’ as the central goal of sentencing. The claim that rehabilitation was overly coercive did not imagine the shift towards mass imprisonment and a revived death penalty. (...). The argument that rehabilitation was not good for offenders was not meant to mean that it was ‘too good for them’”.

<sup>563</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 76. Trad. livre. No original: “welfare policies for the poor were increasingly represented as expensive luxuries that hard working tax-payers could no longer afford”.

realidade de poder; e por outro, uma ideologia específica. Enquanto realidade de poder, a globalização se apresenta como uma nova etapa na relação de domínio e dependência entre hemisférios Norte e Sul<sup>564</sup>; e como ideologia, trata-se de um *fundamentalismo de mercado*:

uma irrestrita eliminação de barreiras e protecionismos geraria um mercado mundial que se equilibraria por si mesmo e produziria um efeito de crescimento planetário. A competência ilimitada produziria a liberdade para o desenvolvimento das atividades mais rentáveis e provocaria uma distribuição internacional do trabalho que beneficiaria a todos. Evidentemente, este benefício seria à custa do sacrifício dos empreendimentos não rentáveis, que não teriam razões para subsistirem e que são considerados como o obstáculo que impede o crescimento.<sup>565</sup>

Com a emergência, a partir de meados da década de 70, impulsionado pela crise econômica no setor petrolífero, do pensamento *neoliberal*, rearranjam-se valores políticos e ganham força teorias econômicas com a pretensão de ser a *definitiva resposta* a um mundo pós “guerra fria” e supostamente *sem mais utopias*<sup>566</sup>. Identificando a própria intervenção estatal como a causa da crise, tem-se entre seus principais teóricos *Friedrich Hayek*.<sup>567</sup> A teoria é *posta em prática* em primeiro lugar pelos governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Margaret Thatcher, na Inglaterra, fundados em um discurso moralista e conservador pautado pela responsabilização dos “pobres preguiçosos por vitimarem a sociedade ‘decente’ – pelo crime nas ruas, despesas sociais, impostos altos, movimentos

<sup>564</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 18. Após períodos de hegemonia das potências marítimas européias e em seguida das potências econômicas do centro-norte europeu, ter-se-ia hoje a prevalência dos interesses estadunidenses, em relação de variável conflito e cooperação com Europa e Japão. Anota o autor que esses países não aplicam a “explicação ideológica” mais utilizada, mantendo políticas protecionistas e a intervenção estatal na economia.

<sup>565</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 17. Trad. livre. No original: “una restricta eliminación de barreras y proteccionismos generaria un mercado mundial que se equilibraria por si mismo y produciría un efecto de crecimiento planetario. La competencia ilimitada produciria la libertad para el desarrollo de las actividades más rentables y provocaria una distribución internacional del trabajo que beneficiaria a todos. Por supuesto, este beneficio seria a costa del sacrificio de los emprendimientos no rentables, que no tendrían razones para subsistir y que son considerados como el lastre que impide el crecimiento”.

<sup>566</sup> Vale a crítica no sentido de ser o próprio pensamento neoliberal uma utopia ainda mais agressiva, c.f. HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**, p. 5: “Trata-se do pensamento antiutópico da tradição neoliberal atual, que se junta a um neoconservadorismo que revela o mesmo caráter antiutópico. Nesse caso, “antiutopia” significa simplesmente anti-socialismo, produzindo um pensamento de elaboração anti-utópica que volte a ser réplica mais extremada do mito da mão invisível, que tem sido sempre expressão dessa ingenuidade utópica. O seu lema é o seguinte: destruir a utopia para que nenhuma outra possa existir”.

<sup>567</sup> Sobre seu pensamento, v. em especial: HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. 5.ed. Tradução de Donald Stewart Jr. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990 e: HAYEK, Friedrich A. Von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Tradução de Maria Luísa Borges. 3 v. São Paulo : Visão, 1985.



rebeldes na indústria – e culpavam as elites liberais por darem espaço a uma cultura permissiva e o encorajamento do comportamento anti-social”.<sup>568</sup>

É sob tal atmosfera política *neoconservadora* que se erige a teoria econômica. Em forte síntese, ela parte, primeiramente, da assunção do *mercado* como referência e a *ação eficiente* como parâmetro epistemológico central, buscando, em segundo lugar, o *equilíbrio* entre dois *conceitos limites* e não empíricos a limitar a realidade empírica do mercado: um conceito negativo, consistente no *caos*, e outro positivo, no *modelo de concorrência perfeita*, equilíbrio a partir do qual se tornaria possível o bom funcionamento do mercado:

Assim, a concorrência perfeita descreve os indicadores a partir dos quais pode-se afirmar esse bom funcionamento. Ele expressa esses indicadores em seu conjunto com o termo *equilíbrio*. O mercado funciona na medida em que está em equilíbrio. Assim, a preocupação política deve ser a de fazer com que ele esteja efetivamente em equilíbrio. Como Hayek restringe a realidade empírica ao aspecto institucional, seus critérios de equilíbrio do mercado têm que ser somente critérios mercantis. Para ele, a satisfação das necessidades não é critério de equilíbrio, pois não se trata de elemento relevante da realidade. Seu critério de equilíbrio só pode ser tomado do próprio mercado, sendo, nesse sentido, mercantil.<sup>569</sup>

Vê-se desde logo, portanto, que a base de toda construção teórica passa a ser pautada pela dimensão do *mercado* enquanto referência. Por buscar um *equilíbrio* que é também um conceito não empírico e inalcançável, quer-se tender a ele a partir do cumprimento de condições tidas como necessárias para tanto, em especial a garantia da *liberdade de contrato* e da *propriedade privada*.<sup>570</sup> Entretanto, o que se há de perceber é que a fixação destas condições como as únicas válidas para a promoção do dito *equilíbrio do mercado* não passa de uma *afirmação dogmática*.<sup>571</sup> É de tal afirmação, porém, que decorre a postura de defesa de diminuição do papel do Estado.

<sup>568</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 97. Trad. livre. No original: “shiftless poor for victimizing ‘decent’ society – for crime, in the streets, welfare expenditure, high taxes, industrial militancy – and blamed the liberal elites for licensing a permissive culture and the anti-social behaviour it encouraged”.

<sup>569</sup> HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**, p. 49; também AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**, p. 62: “O que está em causa, em última instância, é um dos pontos fundamentais do neoliberalismo reinante: a idéia de que o mercado é o *único mecanismo racional* de afectação de recursos escasso a usos alternativos, nele se realizando o *princípio universal de racionalidade* inerente à natureza humana, que o marginalismo imprimiu no código genético do *homo economicus* (um agente racional maximizador)”.

<sup>570</sup> HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**, p. 51.

<sup>571</sup> HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**, p. 52. Segue o autor, na p. 54: “Se ele [Hayek] defende a tendência para o equilíbrio, precisa dizer o que *é* o equilíbrio. Mas não pode fazer isso a não ser elaborando o conceito de equilíbrio em sua forma mais extrema, para dizer depois que, em relação a esse equilíbrio, cabe somente uma tendência e não sua realização”.

A contradição apontada por HINKELAMMERT é que há uma incompatibilidade entre a noção de *concorrência perfeita* e a de *equilíbrio*, primeiramente porque o “processo social da concorrência mercantil pressupõe que a concorrência *não* seja perfeita” e em segundo lugar porque *competição é desequilíbrio* e, portanto, “o contrário da concorrência”.<sup>572</sup>

A teoria se revela *perversa* quando quer operar com indicadores unicamente *mercantis* e deixa de lado qualquer preocupação com *necessidades concretas* do homem e *justiça social*, noções sempre tidas como vinculadas a uma *falta de humildade*<sup>573</sup> e um anseio de *planejamento total*, os quais fatalmente levariam à perda de liberdade. Ao mesmo tempo, crê-se que o mercado naturalmente tenderá ao equilíbrio e que isso significará a *melhor utilização possível dos recursos disponíveis*, algo jamais alcançável pelo planejamento humano<sup>574</sup>, atribuindo ao mercado uma verdadeira *razão* toda própria. O que se faz, assim, é *coisificar* o homem por uma racionalidade *totalitária* que não respeita a *diferença*.<sup>575</sup> Neste sentido:

*Na visão neoliberal, o homem só é livre à medida que os preços são livres. (...). Assim, nega-se qualquer liberdade humana anterior às relações mercantis ou anterior ao mercado. (...). Liberdade é mercado. E não pode haver intervenção estatal no mercado em nome da liberdade. Liberdade é a submissão do homem às leis do mercado, não se reconhecendo nenhum direito humano que não derive da posição no mercado. Os direitos humanos se esgotam no direito de propriedade. Essa é a mística das relações mercantis.*<sup>576</sup>

Se para uma minoria tal “globalização” significa felicidade e a possibilidade de alcance a maravilhas tecnológicas, sua principal face é aquela umbilicalmente ligada à

<sup>572</sup> HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**, p. 54-55.

<sup>573</sup> Sobre, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 48: “O reconhecimento da incapacidade humana feito por Hayek só parece ser um ato de *humildade na aparência*. Há no seu subterrâneo, uma outra realidade, a qual merece um mínimo de reflexão. Ora, quer dizer que *somos incapazes de ter o domínio cognoscente dos resultados de todas as ações* e, portanto, que não poderíamos prevê-las – assim como a *ciência* –, razão por que haveríamos de ter um *racionalismo de caráter eficiente* em seu sentido puramente empírico, é ignorar a humildade com a qual nos apresentamos diante do desconhecido. De fato, ao revés de ser um ato de grandeza (sei que não sei tudo!), é simplesmente um ato de *aparente esperteza* mas, no fundo, ao que parece, *psicótico porque paranóico*, desde que o *naturalismo do mercado* é tomado, ainda que imprevisível, como *real possível* e decisivo para apontar qual *ordem natural espontânea* deveria reger a sociedade porque mais *eficiente*”.

<sup>574</sup> HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**, p. 73.

<sup>575</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. **Direito e Neoliberalismo**, p. 56.

<sup>576</sup> HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**, p. 77. Observa GARLAND que “this culture is more exclusionary than solidaristic, more committed to social control than to social provision, and more attuned to the private freedoms of the market than the public freedoms of universal citizenship”, cf. GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 193.

transnacionalização do capital financeiro<sup>577</sup>, que aprofunda o fosso social entre ricos e pobres, transfere riqueza para os países desenvolvidos e desmonta Estados enquanto nações soberanas para definirem o próprio destino, reduzindo seus papéis à dimensão de “Estado Polícia”, punitivo e autoritário.

O fenômeno se coaduna com a configuração da atual *sociedade de consumo*, no sentido “de que a sociedade dos nossos predecessores, a sociedade moderna nas suas camadas fundadoras, na sua fase industrial, era uma sociedade de produtores”.<sup>578</sup> No lugar da necessidade de mão-de-obra industrial para preencher as vagas da indústria e compor o exército de reserva, há o *dever de consumir*, sendo o *consumo* e a *competitividade* os pilares que pautam os valores promovidos pela mídia, a educação e as relações interpessoais:

Salve-se, pois, o mercado, fonte pura e única da liberdade econômica e da liberdade política, e acabe-se com os sindicatos, com a contratação colectiva, com as políticas de redistribuição do rendimento e com as políticas de pleno emprego, com a legislação do salário mínimo, com os subsídios de desemprego, com as garantias da segurança social, com a legislação reguladora dos despedimentos e com todas as ‘imperfeições’ e ‘impurezas’ que perturbam o bom funcionamento de uma sociedade que se ficciona ser composta por homens livres e iguais.<sup>579</sup>

No entanto, o desemprego estrutural com o qual convivem os países da periferia do sistema capitalista, quando aliado à voracidade da cultura do consumo, faz com que o mesmo mercado de trabalho que se recrudescer e exclui a participação do trabalhador, estimula com voracidade seus desejos de consumidor:

todo mundo pode ser *lançado* na moda do consumo; todo mundo pode *desejar* ser um consumidor e aproveitar as oportunidades que esse modo de vida oferece. Mas nem todo mundo *pode* ser um consumidor. [...]. Todos nós estamos condenados à vida de opções, mas nem todos temos os meios de ser optantes.<sup>580</sup>

<sup>577</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 43: “A internacionalização do capital financeiro amplia-se, recentemente, por várias razões. [...] Essas empresas multinacionais utilizam em grande parte a poupança dos países em que se encontram. Quando uma firma de qualquer outro país se instala num país C ou D, as poupanças internas passam a participar da lógica financeira e do trabalho financeiro dessa multinacional. Quando expatriado, esse dinheiro pode regressar ao país de origem na forma de crédito e de dívida, quer dizer, por intermédio das grandes empresas globais. O que seria poupança interna transforma-se em poupança externa, pela qual os países recipiendários devem pagar juros extorsivos. O que sai do país como *royalties*, inteligência comprada, pagamento de serviços ou remessa de lucros volta como crédito e dívida. Essa é a lógica atual da internacionalização do crédito e da dívida.”

<sup>578</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 87-88. Observa-se que as duas sociedades citadas *consomem*, distinguindo-se na ênfase e na prioridade. Segundo GARLAND, “it was during this post-war period that monopoly capitalism re-invented itself as consumer capitalism”, cf. GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 80.

<sup>579</sup> AVELÁS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**, p. 53.

<sup>580</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 94.

Impossível negar que a globalização nos moldes em que se apresenta provocou o aumento da desigualdade<sup>581</sup> e o agravamento da exclusão sócio-econômica da maior parte da humanidade, constituindo o que Milton Santos chamou de “fábrica de perversidades”.<sup>582</sup> Como se não bastasse a negação do acesso aos bens fundamentais à vida com dignidade, atua-se sobre os pobres no sentido de *criminalizá-los*.

Falar em *eficiência*<sup>583</sup> no âmbito do sistema de justiça criminal significará, assim, retirar a ênfase nos métodos voltados à ressocialização do condenado para enfatizar, em seu lugar, um controle que se exerça segundo *custos mínimos e segurança máxima*.<sup>584</sup> Consistirá, da mesma forma, na diferenciação de respostas segundo os níveis de *perigosidade* de determinados grupos sociais, substituindo-se a retórica do tratamento “por aquela do cálculo de probabilidades e pela distribuição estatística, aplicados em relação às populações que criam problemas sociais”.<sup>585</sup> Neste sentido, *dispõem-se* das garantias e dos direitos do acusado, na medida em que elas se põem em tensão ao anseio de punição eficaz e imediata:

O eficientismo penal intenta tornar mais eficaz e mais rápida a resposta punitiva limitando ou suprimindo garantias substanciais e processuais que tenham sido estabelecidas pela tradição do

<sup>581</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 78: Segundo recente *Informe da ONU sobre o Desenvolvimento*, a riqueza total dos 358 maiores ‘bilionários globais’ equivale à renda somada dos 2,3 bilhões mais pobres (45 por cento da população mundial), e só 22 por cento da *riqueza* global pertencem aos chamados ‘países em desenvolvimento’, apesar de estes conterem cerca de 80 por cento da população mundial.

<sup>582</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 19-20: “O desemprego torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como a SIDA se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível.”

<sup>583</sup> Sobre o princípio da eficiência e o *câmbio epistemológico* que o acompanha, no âmbito do direito penal e processual penal, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 39: “Com efeito, Hayek não se contentou em sugerir um combate ao Estado de bem-estar e seus postulados. Foi além, mexendo na base, isto é, substituindo a noção *epistemológica* de *causa-efeito pela de ação eficiente*. O câmbio, aqui, não é mero jogo retórico. Paulatinamente incorporado ao cotidiano, projeta-se como um raio no fundamento ético da sociedade”. Sobre o tema, v. também: MARCELLINO JUNIOR, Julio César. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Itajaí: 2006, Univali – Universidade do Vale do Itajaí, Dissertação (Mestrado em Direito); especialmente sobre como ele se inseriu no art. 37 da Constituição brasileira, com a Emenda Constitucional nº. 19/98, em 4 de junho de 1998. Com a mudança constitucional, segundo MARCELLINO, o “Estado brasileiro passou, a partir de então, a se legitimar em tal princípio, de sorte que todas as práticas no âmbito da administração pública passaram a ser pautadas pela lógica da relação custo-benefício eficiente (...)”, cf. *Idem*, p. 140.

<sup>584</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 175.

<sup>585</sup> PAVARINI, Massimo. A dónde vamos?. **Capítulo Criminológico**, p. 12. Trad. livre. No original: “por aquella del cálculo de probabilidad y por la distribución estadística aplicadas en relación a las poblaciones que crean problemas sociales”.

direito penal liberal. A redução dos níveis de legalidade destrói o equilíbrio entre a verdade substancial e a verdade processual, ao mesmo tempo em que marca um retorno às formas de processo pré-modernas: o processo cria a prova, o processo cria o criminoso, o processo é a pena principal. Desliza-se até ‘um modelo totalitário de política criminal’, até as modalidades de uma nova ‘suave inquisição’, que coexistem no interior de uma conflituosidade latente com o sistema liberal e democrático correspondente à legalidade constitucional.<sup>586</sup>

O desmantelamento do Estado Social e a valorização de sua dimensão policial<sup>587</sup>, segundo Milton Santos, pode ser interpretado não como a “morte do Estado” e sim como o seu *fortalecimento*, mas “para atender aos reclamos das finanças e de outros grandes interesses internacionais, em detrimento dos cuidados com as populações cuja vida se torna mais difícil”.<sup>588</sup> As políticas “de bem-estar” são vistas como as causas da crise econômica:

Existe desemprego porque a política do pleno emprego e da proteção trabalhista o provoca. Existe pauperização porque a política de redistribuição de renda destrói os incentivos e, portanto, leva a um produto social menor, que causa o empobrecimento. O próprio subdesenvolvimento aparece agora como resultado do intervencionismo desenvolvimentista, que somente obstaculiza os esforços do desenvolvimento sadio da iniciativa privada. E a crise do meio ambiente existe porque não se privatizou suficientemente esse meio ambiente. A partir desse enfoque neoliberal, o Estado intervencionista aparece como o grande culpado da crise econômica atual e a solução dessa crise é anunciada como tendo por base uma política de desorganização do capitalismo organizado.<sup>589</sup>

O Estado Policial é a configuração política da justiça penal que persegue objetivos de eficiência, e que antes de punir indivíduos busca *gerir grupos sociais segundo seu risco delitivo*.<sup>590</sup>

A ideologia da *lei* e da *ordem* e as políticas de *tolerância zero*, popularizadas nos Estados Unidos sob a propaganda de serem *eficientes* no combate à criminalidade, são

<sup>586</sup> BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 41. Trad. livre. No original: “El eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías substanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal. Se desliza hacia ‘un modelo totalitario de política criminal’, hacia las modalidades de una nueva ‘suave inquisición’, que coexisten al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional”.

<sup>587</sup> Sobre o tema, v. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11, Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002, tradução de: BOURDIEU, Pierre (org.). **Actes de la recherche en sciences sociales: de l'État Social à l'État Pénal**, n. 124, Paris: SEUIL, 1998; e também: ARGUELLO, Katie. **Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem**. Conferência proferida no “1º Congresso Paranaense de Criminologia” em Londrina, 2005. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>.

<sup>588</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 19. Afinal, cf. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 77: “a fragmentação política e a globalização econômica são aliados íntimos e conspiradores afinados”.

<sup>589</sup> HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**, p. 80-81: “diminuindo as intervenções no campo econômico e social, sobrem mais do que proporcionalmente as atividades repressivas estatais, os gastos com a polícia e o exército. *A repressão policial liberta, os gastos sociais escravizam*”.

<sup>590</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 80-81.

exemplo claro desta corrente, para a qual é conveniente a aplicação implacável da lei sobre a prática de “delitos” ou contravenções como embriaguez, jogatina e mendicância, no intuito de afastar os mendigos e sem-teto dos espaços públicos.<sup>591</sup>

Segundo WACQUANT, as medidas decorrem da influência de institutos de consultoria ultraconservadores<sup>592</sup>, que vitalizou a “*broken windows theory*”, ou teoria das janelas quebradas, segundo a qual é “lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais”.<sup>593</sup>

A idéia é de que os pequenos delitos trazem a *desordem* e tornam a comunidade vulnerável ao crime, a partir do referencial conceitual construído a partir das noções de *ordem e desordem*:

Ordem significa que a comunidade tem controle da vizinhança, que não irá tolerar a criminalidade e irá garantir a aplicação das normas básicas da civilidade. Ordem significa segurança e controle (...). Desordem significa que a comunidade tolera o crime, que a vizinhança é insegura, e que pessoas corruptas e criminosos podem e irão levar a melhor. O significado social de desordem torna a vizinhança vulnerável ao crime.<sup>594</sup>

Neste sentido a crítica de COUTINHO e CARVALHO:

<sup>591</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, p. 26-35: Nos anos seguintes à implantação destas políticas em Nova York, o orçamento destinado à manutenção da ordem aumentou em 40%, totalizando quatro vezes mais do que as verbas dos hospitais públicos; enquanto as tropas policiais detiveram e revistaram em dois anos 45.000 pessoas, com critérios de suspeita altamente seletivos: “vestuário, aparência, comportamento e – acima de qualquer outro indício – a cor da pele. Mais de 37.000 dessas detenções se revelaram gratuitas e as acusações sobre metade das 8.000 restantes foram consideradas nulas e inválidas pelos tribunais, deixando um resíduo de apenas 4.000 detenções justificadas: uma em onze. Uma investigação levada a cabo pelo jornal *New York Daily News* sugere que perto de 80% dos jovens negros e latinos da cidade foram detidos e revistados pelo menos uma vez pelas forças da ordem.” Trata-se de “fazer prevalecer a ordem sobre a desordem; porque os desordeiros estão contra os ordeiros”; cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?. **Revista de Estudos Criminais**, p. 25.

<sup>592</sup> Dentre eles, destaca-se o *Manhattan Institute*, que lançou Charles Murray, opositor do “Estado-Providência” e defensor da tese de que as desigualdades sociais e de raça na América seriam consequência direta das diferenças individuais de “capacidade cognitiva”, em argumentação explicitamente racista; cf. WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, p. 23-24.

<sup>593</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, p. 25; e também: HARCOURT, Bernard. **Illusion of Order**, p. 23-24: “Uma janela quebrada, não reparada, convida a outras janelas quebradas. Isso progressivamente rompe valores comunitários e torna a comunidade vulnerável ao crime”. Trad. livre. No original: “One broken window, left unrepaired, invites other broken windows. These progressively break down community standards and leave the community vulnerable to crime”.

<sup>594</sup> HARCOURT, Bernard. **Illusion of Order**, p. 15. Trad. livre. No original: “Order, they suggest, means that the community has control of the neighborhood, that it will not tolerate criminality, and that it will enforce basic norms of civility. Order thus signifies security, safety and control (...). Disorder means that the community tolerates crime, that the neighborhood is unsafe, and that disruptive persons and criminals can and will take over. The social meaning of disorder thus makes a neighborhood vulnerable to crime”.

O embasamento da teoria sobre as duas categorias – ordem e desordem – também diz muito pouco. Aos criadores da *Broken Windows*, a última quer dizer que o bairro perdeu as rédeas e que se não preocupa com o crime. Ela, porém, como se sabe, pode ter muitos significados, (...): uma greve, um evento artístico, um estilo de vida alternativo, um local de vendas; ou pode significar somente pobreza, desemprego e desespero.<sup>595</sup>

A administração policial seria, assim, equiparada à administração de uma empresa, sendo o índice da criminalidade em determinada localidade o indicativo da *eficiência* ou *ineficiência* do setor da polícia por ela responsável.

O objetivo político manifesto sempre foi perseguir os pobres nos espaços públicos, como os mendigos e sem-teto que “infestam” os parques e estações ferroviárias das grandes cidades, através da aplicação implacável da lei sobre “delitos” como embriaguez, jogatina e mendicância.<sup>596</sup> Políticas públicas de “retirada” dos pobres dos centros comerciais, a ocupação de bairros pobres pela polícia militar ou a criação de leis casuístas aumentando penas a fim de atender apelos sensacionalistas e sem critério confirmam o predomínio de um *discurso do caos*<sup>597</sup> e uma *cultura do medo*, fazendo com que a sociedade passe “a demandar a proteção do direito para além de onde realmente a ordem jurídica disciplina e autoriza a ação coercitiva legítima, visando a atender uma difusa demanda por segurança”.<sup>598</sup>

## § 2º - Ordem e proteção da comunidade: o debate na Suprema Corte norte-americana

A noção de *ordem* e, em especial de *ordem pública*, implica existência de potencial desordem, identificada, por sua vez, com sujeitos ou grupos potencialmente “perigosos” e incapazes de viver em comunidade.

<sup>595</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?. **Revista de Estudos Criminais**, p. 26.

<sup>596</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, p. 26.

<sup>597</sup> Vide, neste sentido: CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**, p. 33-45.

<sup>598</sup> PRADO, Geraldo. **Prisão e Liberdade no Processo Penal Brasileiro**, p. 1. A diminuição da criminalidade, arrogada pelos defensores do movimento como prova de sucesso, foi acompanhada da queda dos mesmos índices em diversos outros estados do país que não adotaram políticas semelhantes, demonstrando não haver absolutamente nenhuma correlação. Neste sentido, LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 15: “É pura propaganda enganosa. Não é prendendo e mandando para a prisão mendigos, pichadores e quebradores de vidraças que a macro-criminalidade vai ser contida. As taxas de criminalidade realmente caíram em Nova York, mas também decresceram em todo o país, porque não é fruto da magia política nova-iorquina, mas sim de um complexo avanço social e econômico daquele país.”

O conceito é *pretensamente consensual* quando na verdade expressa um conflito inerente a uma *ordem* que é de uns, e não de outros. BARATTA é claro, neste sentido, ao refletir sobre o conceito de *segurança pública* enquanto puramente ideológico:

Dizer que um Estado, uma comunidade ou uma cidade são seguras, é usar uma expressão genérica que poderia designar a situação de todas as pessoas no interior daquele espaço. Mas, no estado atual das coisas, tal uso de termos genéricos tem um caráter puramente ideológico. Ele deriva de um modo de pensar seletivo, largamente representado na opinião pública, assim como no discurso jurídico. Ambos os discursos utilizam o conceito de segurança em relação à política criminal ou com a política *tout court*. O resultado é que a maior parte dos titulares de direitos e a maior parte dos territórios de risco são excluídos da *economia da segurança*.<sup>599</sup>

Segundo CARVALHO, “a categoria segurança pública reforça aquela falsa dicotomia, típica dos modelos de Defesa Social, que polariza direitos do cidadão *versus* direitos da coletividade e/ou do Estado”.<sup>600</sup> No mesmo sentido, para LOPES JR., “uma tal *ordem*, numa sociedade de risco como a nossa e com um altíssimo nível de complexidade, só pode decorrer do completo afastamento do direito da realidade e/ou da imensa má-fé por parte de quem o prega”.<sup>601</sup>

Quando se fala em ordem e segurança *urbanas*, em especial, o pensamento se dirige à criminalidade dita *tradicional*, principalmente contra a pessoa e contra a propriedade.<sup>602</sup>

<sup>599</sup> BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 31. Trad. livre. No original: “Decir que un Estado, una comunidad o una ciudad son seguras, es usar una expresión genérica que podría designar la situación de todas las personas en el interior de aquel espacio. Pero, en el estado actual de las cosas, tal uso de los términos genéricos tiene un carácter puramente ideológico. Ello se deriva de un modo de pensar selectivo, largamente representado en la opinión pública, así como en el discurso jurídico. Ambos discursos utilizan el concepto de seguridad en relación con la política criminal o con la política *tout court*. El resultado es que la mayor parte de los titulares de derechos y la mayor parte de los territorios de riesgo, son excluidos de la *economía de la seguridad*”. V. também: CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**, p. 476-478.

<sup>600</sup> CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**, p. 479.

<sup>601</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, p. 16.

<sup>602</sup> Em sentido oposto, portanto, ao que BARATTA expressa como a melhor concepção de *segurança*: “‘seguros’ podem e devem ser os sujeitos titulares de direitos fundamentais, em particular de aqueles direitos universais que correspondem não apenas às pessoas físicas possuidoras dos direitos de cidadãos no Estado em que se encontram, senão a todas aquelas que estão no território de um Estado, de uma cidade, um bairro, em qualquer lugar público ou privado. A segurança deve se referir, na realidade, ao desfrute e à proteção efetiva daqueles direitos, com respeito a qualquer agressão ou descumprimento por parte de outras pessoas físicas que exercitam poderes de fato ou de direito em um espaço territorial”, cf. BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 30. Trad. livre. No original: “‘seguros’ pueden y deben ser los sujetos titulares de derechos fundamentales, en particular de aquellos derechos universales, que corresponden no solamente a las personas físicas poseedoras de los derechos de ciudadanos del Estado en el cual se encuentran, sino a todas aquellas que están en el territorio de un Estado, de una ciudad, en un barrio,



A imagem que vem à mente quando se fala naqueles *que não podem permanecer entre nós* são, via de regra, agentes desse tipo de criminalidade. Ao se falar em *segurança urbana*, dificilmente alguém pensará nos crimes econômicos, por exemplo, certamente condenados e rechaçados, mas por razões de ordem ética e moral<sup>603</sup> e sem que se tome por *necessária* a neutralização de seus agentes.

Por isso é que se deve compreender de forma diversa a utilização da prisão cautelar como ingrediente de espetáculo midiático na deflagração de operações policiais contra empresários e acusados de crimes de colarinho branco. Não se tem, no caso, o mesmo conteúdo que a prisão cautelar utilizada massivamente, todos os dias, contra os tidos como socialmente perigosos. O que se tem é um efeito meramente simbólico e momentâneo, que fatalmente se dilui nos exageros da investigação e resulta na soltura dos presos pouco tempo depois, reforçando assim o sentimento de revolta “contra a impunidade” da população que alimenta, por sua vez, um sistema normativo ainda mais repressivo a recair sobre os pobres e efetivamente vulneráveis.

A “garantia da ordem pública” está presente no Código de Processo Penal brasileiro desde sua origem, em 1941. Vale destacar, porém, o debate ocorrido na Suprema Corte

---

en cualquier lugar público o privado. La seguridad debe referirse, en realidad, al disfrute y a la protección efectiva de aquellos derechos, con respecto a cualquier agresión o incumplimiento por parte de otras personas físicas que ejercitan poderes de hecho o de derecho en un espacio territorial”. No mesmo sentido, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A crise da segurança pública no Brasil. Garantias constitucionais e processo penal* (Organização: Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 181-186; e também CHOUCKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*, p. 12: segundo o autor, a dicotomia entre *liberdade individual* e *segurança social* deve dar lugar a uma relação de complementaridade, pressupondo que “da segurança individual advinda do respeito pelo Estado dos direitos individuais e coletivos nasce a segurança social que com a primeira interagirá num processo dialético”. Merece urgente revisão, portanto, o próprio conceito de *segurança*.

<sup>603</sup> BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 32: “La cuestión del orden público, se sabe, se detiene donde termina el campo de acción de la fuerza de seguridad pública y no es afectada, sino indirectamente, por el desorden social e internacional que crece cada día más a causa de la política neoliberal y de la globalización de la economía”. Apenas para exemplificar, já que se optou por não se utilizar, neste trabalho, análises jurisprudenciais, vale o registro das palavras do Ministério Público Federal, ao juntar Parecer sobre caso de apropriação indébita previdenciária, em Recurso Especial (nº. 191.294) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 13 de dezembro de 2000: “O encarceramento de empresários, pela perpetração de crimes fiscais, deve ser reservado para situações excepcioníssimas, pois pode provocar até o desaparecimento de algumas empresas, aumentando o intolerável nível de desemprego existente na atualidade. De que adiantaria mandar para as cadeias, já abarrotadas de delinquentes violentos, pessoas que, mesmo cometendo ilícitos tributários, exercem atividades comerciais lícitas e produtivas, absorvendo mão de obra em suas empresas? Tal providência não se justifica, nem atende aos reclamos de uma política criminal construtiva. Notadamente, se os responsáveis pela infração procuram se compor com o Fisco, providenciando, ainda que de forma parcelada, a quitação das exações devidas.”

norte-americana quando debatida a reforma da *Bail Act* (lei de fiança) de 1984<sup>604</sup>, que passou a prever a possibilidade de manutenção da prisão cautelar, independentemente de fiança, *se o juiz considerasse haver perigo à comunidade com a liberdade do acusado*.

Questionada na Suprema Corte em face da 8ª Emenda<sup>605</sup>, que vedara o estabelecimento de fiança excessiva no intuito de delimitar critérios *objetivos* para a restrição do direito do acusado a aguardar em liberdade seu julgamento, a lei acabou sendo julgada *constitucional* no caso *US v. Salerno*, 481 US 739, em 1987.

A Suprema Corte rejeitou a possibilidade de que tivesse a prisão preventiva caráter de antecipação da pena, atribuindo-lhe caráter “regulatório”, aqui sinônimo de “cautelar”.

<sup>606</sup> O critério explicitamente definido foi a *vontade* do legislador: “Para determinar quando a restrição da liberdade constitui punição vedada ou regulação permitida, primeiramente olhamos para o intento do legislador”.<sup>607</sup>

Tal intento consistiria na proteção da comunidade com a retirada da liberdade de pessoas *potencialmente* perigosas. A prevenção seria, assim, um objetivo legítimo e de caráter *regulatório* ao invés de punitivo: “O interesse regulatório do Governo na segurança da comunidade pode, em circunstâncias apropriadas, compensar um interesse individual na liberdade”<sup>608</sup>.

A *Bail Act* de 1984 foi parte de um “pacote legislativo” visando o combate ao crime, então denominado Lei Abrangente de Controle do Crime (*Comprehensive Crime Control Act*), dentro de um contexto de difusão do temor pelo aumento da criminalidade<sup>609</sup>.

<sup>604</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**, p. 154: “a reforma de 1984 criou a possibilidade de negar ao réu a liberdade durante o processo, com base em exigências de garantia da ordem pública”.

<sup>605</sup> Eight Amendment: “Excessive bail shall not be required”.

<sup>606</sup> [Trecho do voto do Ministro Rehnquist em *US v. Salerno*, 481 US 739 (1987)]: “a prisão pré-julgamento sob a Reforma da Lei de Fiança é regulatória, não penal”. Trad. livre. No original: “(...) *the pretrial detention under the Bail Reform Act is regulatory, not penal*”.

<sup>607</sup> [Trecho do voto do Ministro Rehnquist em *US v. Salerno*, 481 US 739 (1987)]. Trad. livre. No original: “*To determine whether a restriction on liberty constitutes impermissible punishment or permissible regulation, we first look to legislative intent*”.

<sup>608</sup> [Trecho do voto do Ministro Rehnquist em *US v. Salerno*, 481 US 739 (1987)]. Tradução livre. No original: “The Government’s regulatory interest in community safety can, in appropriate circumstances, outweigh an individual’s liberty interest”.

<sup>609</sup> ISRAEL, Jerold; KING, Nancy; LAFAYE, Wayne. **Criminal Procedure**, p. 647: “Assim que alternativas à fiança mediante dinheiro foram implementadas, e assim que a revisão judicial das condições estabelecidas para os acusados ainda incapazes de obter sua soltura foi estabelecida, tornou-se cada vez mais provável que aqueles acusados tidos como ‘perigosos’ obteriam a liberdade no decorrer do processo. Esta preocupação produziu alguma atividade legislativa, começando com a lei de detenção preventiva do Distrito de Columbia, a partir de 1971”. Trad. livre. No original: “As alternatives to money bail were implemented and as judicial

Nota-se, inclusive, que o primeiro trabalho defendendo as premissas da *teoria das janelas quebradas* (*Broken Windows Theory*), de James Wilson e George Kelling, foi publicado apenas dois anos antes, em 1982.

Se por um lado o *Bail Act* teve por escopo tornar objetivos os critérios de fixação dos valores de fiança, visando-se evitar a restrição da liberdade do acusado por meio da imposição de valores muito altos <sup>610</sup>, por outro se inovou no tocante à prisão cautelar, estabelecendo exatamente a *proteção da ordem* como fundamento para manutenção da custódia:

Se, após uma audiência decorrente das providências da subseção (f), o juiz concluir que nenhuma condição ou combinação de condições irá razoavelmente assegurar o comparecimento do acusado, como requerido, e a segurança de qualquer outra pessoa e da comunidade, ele poderá ordenar a detenção anterior ao julgamento [Seção 3142(e)].<sup>611</sup>

Os critérios para a formação do convencimento estão na Seção 3142(g) da lei, referindo-se à natureza, à gravidade e às circunstâncias do crime; à consistência das provas já produzidas e, também, a caracteres pessoais como a história e as características do acusado.<sup>612</sup> A questão aqui relevante reside na possibilidade aberta pelo debate de se

---

review of the conditions set for defendants as yet unable to obtain their relief was mandated, it became increasingly likely that those defendants perceived by some as ‘dangerous’ would obtain their freedom pending trial. This concern produced some legislative activity, starting with the District of Columbia preventive detention law, which took effect in 1971”.

<sup>610</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**, p. 154.

<sup>611</sup> *Bail Reform Act* (Trad. Livre). No original: "If, after a hearing pursuant to the provisions of subsection (f), the judicial officer finds that no condition or combination of conditions will reasonably assure the appearance of the person as required and the safety of any other person and the community, he shall order the detention of the person prior to trial."

<sup>612</sup> "3142(g): The judicial officer shall, in determining whether there are conditions of release that will reasonably assure the appearance of the person as required and the safety of any other person and the community, take into account the available information concerning – (1) the nature and circumstances of the offense charged, including whether the offense is a crime of violence or involves a narcotic drug; (2) the weight of the evidence against the person; (3) the history and characteristics of the person, including – (A) the person’s character, physical and mental condition, family ties, employment, financial resources, length of residence in the community, community ties, past conduct, history relating to drug or alcohol abuse, criminal history, and record concerning appearance at court proceedings; and (B) whether, at the time of the current offense or arrest, the person was on probation, on parole, or on other release pending trial, sentencing, appeal, or completion of sentence for an offense under Federal, State, or local law; and (4) the nature and seriousness of the danger to any person of the community that would be posed by the person’s release.”. Tradução livre: “3142(g): O juiz poderá, ao determinar quais são as condições da soltura que irão razoavelmente assegurar o comparecimento do acusado, como requerido, e a segurança de qualquer outra pessoa e da comunidade, considerar as informações disponíveis sobre –(1) a natureza e as circunstâncias do crime, incluindo seu cometimento mediante violência ou o envolvimento de narcóticos; (2) a consistência da prova contra o acusado; (3) a história e as características da pessoa, incluindo – (A) o caráter, condições físicas e psicológicas, valores familiares, emprego, condições financeiras, tempo de residência na comunidade, valores comunitários, conduta passada, histórico relativo ao uso de drogas ou álcool, histórico criminal, e o registro

considerar expressamente a garantia da *proteção da comunidade* e da *ordem pública* como um propósito de caráter regulatório ou cautelar, explicitamente com caráter *predictivo*, vedando-se a prisão cautelar enquanto antecipação da punição. Com base neste argumento, permitiu-se ao juiz aferir, enquanto critério para proibição da soltura *em qualquer caso*, o *perigo à comunidade* decorrente da liberdade do acusado.

### § 3º - Garantia da Ordem como fundamento da prisão cautelar no Brasil

No Brasil, prevê o Código de Processo Penal desde sua origem, em 1941, que a prisão preventiva poderá ser decretada também para a “garantia da ordem pública”. A hipótese de prisão preventiva para “garantia da ordem econômica”, por sua vez, foi inserida apenas em 11 de junho de 1994, através da lei nº. 8.884. Não se pretende analisar especificamente a hipótese de garantia da ordem *econômica*, cabendo observar que “o legislador estava com as vistas voltadas aos crimes que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro”<sup>613</sup>, buscando estender ao máximo o alcance da intervenção penal:

Num país pobre como o nosso, ter uma prisão preventiva para tutelar o capital especulativo envergonha o processo penal. É elementar que, se o objetivo é perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas, e coisas do gênero, o caminho passa pelas sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais, mas jamais pela intervenção penal, muito menos de uma prisão preventiva.<sup>614</sup>

Não obstante sua ampla utilização pelos tribunais, há um crescente e consistente entendimento crítico acadêmico pela natureza *não cautelar*, mas *policial* ou *punitiva*, das medidas cautelares decretadas para tais finalidades. Por outro lado, apesar de certamente inadmissível do ponto de vista das teses processualistas, a finalidade de “garantia da ordem” acaba expressando a *função real* efetivamente exercida pela prisão cautelar nos termos de uma administração tecnocrática da punição pautada pela *eficiência* e pela *incapacitação* dos “socialmente perigosos”. Neste sentido:

---

de comparecimento a outros processos; e (B) se, no momento do crime ou da prisão, o acusado estava em liberdade condicional ou outra situação aguardando julgamento, sentença, apelação, ou complementação de sentença por crime federal, estadual ou local; e (4) a natureza e a gravidade do perigo a qualquer membro da comunidade que seria efetivado com a liberdade do acusado. [...]”

<sup>613</sup> DELMANTO JR., Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 191.

<sup>614</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 207.

O motivo secundário aos olhos da lei, ou seja, aquele da segurança pública, torna-se assim, proporcionalmente, a principal razão para a prisão. Neste sentido, um conjunto de situações se associa à noção de segurança pública: natureza da infração, reincidência pressuposta ou confirmada por parte do suspeito, problemas psiquiátricos ou dependência de tóxicos observados ou suspeitos e até mesmo atitude rebelde do suspeito durante a prisão.<sup>615</sup>

O risco em se criticar apenas tal finalidade é legitimar as outras, colaborando, mesmo que não intencionalmente, no *ocultamento* desta função real. É a crítica que faz ZAFFARONI, observando que “não é levado em conta, por outro lado, que ao desconhecer a natureza penal do confinamento cautelar e ao procurar racionalizar a patente violação ao princípio de inocência que inevitavelmente acarreta elas, na realidade, o legitimam”.<sup>616</sup>

No mesmo sentido, para FERRAJOLI, a prisão cautelar para garantir a ordem é um desdobramento *inevitável* do instituto a partir de sua função supostamente “processual”, vindo a *explicitar* sua natureza de medida *de defesa social*.<sup>617</sup> Vide o que escrevia TUCCI, em 1980, sobre combater a violência e a criminalidade com *eficácia*:

Não se pode ficar, entretanto, de braços cruzados, apregoando tal lamentável constatação. Algo há de ser realizado, com efeito, para obviar, tanto quanto possível, o mal que se quer combater. (...). E naquilo que mais de perto interessa ao breve estudo ora desenvolvido, tem tomado dimensionamento ímpar o atinente à instituição da *detenção* ou *prisão*, que se convencionou denominar *prisão cautelar*.<sup>618</sup>

Trata-se, segundo FERRAJOLI, da “sua mutação de instrumento exclusivamente processual voltado às ‘estritas necessidades’ instrutórias, em instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pela necessidade de impedir o imputado de cometer outros delitos”.<sup>619</sup> Nas palavras de CORDERO, “sendo esses os supremos aforismos, não espanta que seja considerada legítima uma custódia de ‘defesa social’, fora de necessidades

<sup>615</sup> COUSINEAU, Marie-Marthe. Détention Provisoire au Québec: éléments de connaissance et propositions de réflexions. *Revue Criminologie*, p. 16. Trad. livre. No original: “Le motif secondaire aux yeux de la loi, soit celui de la sécurité du public, devient donc le principal motif de mise sous garde en termes de proportion. À cette enseigne, une panoplie de situations s’associent à la notion de sécurité publique: nature de l’infraction, récidive confirmée ou escomptée de la part du suspect, problèmes psychiatriques ou de tóxico-manie observés ou soupçonnés, voire attitude récalcitrante du suspect lors de l’arrestation”.

<sup>616</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, p. 113.

<sup>617</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*, p. 803.

<sup>618</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*, p. 241.

<sup>619</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*, p. 563. Trad. Livre. No original: “sua mutazione da strumento esclusivamente processuale finalizzato alle ‘strette necessità’ istruttorie, in strumento di prevenzione e di difesa sociale, motivato dalla necessità di impedire all’imputato la commissione di altri delitti”. Segundo o autor, o argumento priva a custódia cautelar de “quell’única foglia di fico rappresentata dal sofisma secondo cui essa sarebbe una misura ‘processuale’, o ‘cautelare’ e comunque ‘non penale’”.

cautelares relativas ao processo: eis sua utilização psicodramática como antídoto ao ‘alarme social’”.<sup>620</sup>

Já FREDERICO MARQUES admitira que no caso da “ordem pública”, a prisão preventiva ou cautelar perde o caráter de providência cautelar para tutelar (proteger) a própria ordem pública.<sup>621</sup> Vale destacar, nessa esteira, a manifestação contrária no precitado julgamento da Suprema Corte norte-americana capitaneada pelo Juiz Thurgood Marshall. Contestando a distinção entre propósitos *regulatórios* / *cautelares* ou *punitivos* a serem possivelmente atribuídos à prisão, Marshall formula a seguinte hipótese:

Depois de investigar, o Congresso estabelece (não fora da realidade) que uma grande proporção dos crimes violentos são perpetrados por pessoas desempregadas. Determina, também razoavelmente, que muitos crimes violentos são cometidos à noite. Dentre a coleção de “potenciais soluções”, o Congresso escolhe uma lei que permite, após procedimentos judiciais, a imposição de toque de recolher imediato para qualquer um que esteja desempregado. Desde que se não trata de medida estabelecida com o propósito de punir os desempregados e desde que a maioria considera que a prevenção de perigo à comunidade é um objetivo regulatório legítimo, a “lei do toque de recolher” seria, de acordo com a análise do voto majoritário, mera detenção “regulatória”, inteiramente compatível com os componentes substantivos da Cláusula do Devido Processo Legal.<sup>622</sup>

Ele busca demonstrar, assim, que se há um devido processo legal que proíbe a punição antes do julgamento e da condenação, pode-se infringi-lo mediante qualquer *manobra retórica* que “apenas redefine qualquer medida reivindicada como punição enquanto ‘regulatória’, e, magicamente, a Constituição não mais proíbe sua imposição”.<sup>623</sup>

O primeiro problema que se apresenta é em relação ao largo espaço de manipulação do referencial semântico do conceito<sup>624</sup>, o que se pode ver pela variedade de definições e

<sup>620</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**, p. 262. Trad. livre. No original: “tali essendo i supremi apoftegmi, non stupisce che sia ritenuta legittima una custodia ‘difesa sociale’, fuori da bisogni cautelari relativi al processo: ed eccola psicodrammaticamente usata quale antidoto all’‘alarme sociale’”.

<sup>621</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 63.

<sup>622</sup> Trecho do voto (vencido) do Juiz associado Marshall em US v. Salerno, 481 US 739 (1987). Trad. livre. No original: “After investigation, Congress determines (not unrealistically) that a large proportion of violent crime is perpetrated by persons who are unemployed. It also determines, equally reasonably, that much violent crime is committed at night. From amongst the panoply of ‘potencial solutions’, Congress chooses a statute which permits, after judicial proceedings, the imposition of a dusk-to-dawn curfew on anyone who is unemployed. Since this is not a measure enacted for the purpose of punishing the unemployed, and since the majority finds that preventing danger to the community is a legitimate regulatory goal, the curfew statute would, according to the majority’s analysis, be a mere ‘regulatory’ detention statute, entirely compatible with the substantive components of the Due Process Clause”.

<sup>623</sup> Trecho do voto (vencido) do Juiz associado Marshall em US v. Salerno, 481 US 739 (1987). Trad. livre. No original: “merely redefine any measure which is claimed to be punishment as ‘regulation’, and, magically, the Constitution no longer prohibits its imposition”.

<sup>624</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 205: o conceito é “vago, impreciso, indeterminado e despidido de qualquer referencial semântico”.

pelo próprio entendimento da Suprema Corte norte-americana, que afirmou não poder ser a prisão cautelar jamais utilizada como antecipação da punição, mas considerou a hipótese de proteção da comunidade como um escopo *cautelar*. Para DELMANTO é inegável que prender porque o acusado *deverá cometer novos delitos* se funda em *presunção* contrária àquela da não-culpabilidade ou inocência.<sup>625</sup> Neste sentido:

Entre as exigências cautelares, essa é sem dúvida a mais exposta a dilações interpretativas. Isso depende da natureza de *cautela substancial* que se insere no conteúdo do processo, a partir de uma noção de caráter penalístico, com todas as armadilhas que disso decorre. Daí a importância da locução normativa, que tem a verdadeira função de evitar a convergência genérica de várias noções, vagamente vinculadas a finalidades de prevenção geral ou especial, a fim de que as limitações da liberdade mais claramente se confundiriam com a finalidade punitiva e se resolveram efetivamente naquela inadmissível antecipação da sanção, contra a qual, ao menos nas palavras, estão todos de acordo.<sup>626</sup>

Em verdade, “a carência de taxatividade, que se apresenta na falta de pressupostos e critérios de avaliação indicados pela lei, não é senão um aspecto da tendenciosa estruturação das medidas restritivas de liberdade em funções de imediata repressão”.<sup>627</sup> Não se pode deixar de considerar que, no Brasil, é a partir da visão dos tribunais, heterogênea, porém predominantemente conservadora, que se busca preencher o conceito de “ordem pública”. Pode-se dizer que “além de prevenção do cometimento de novos crimes, a medida serve para tranquilizar o meio social e restaurar a credibilidade da Justiça”.<sup>628</sup>

<sup>625</sup> DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**, p. 179. Pondera o autor, porém, na p. 184: “Todavia, há que se abrir uma exceção quando a perturbação da ordem pública vier, em casos extremos, a efetivamente *tumultuar o bom andamento da persecução penal*, seja na fase do inquérito ou do processo”, identificando, na esteira do entendimento da Suprema Corte norte-americana, uma hipótese em que a tutela da ordem pública teria escopo cautelar.

<sup>626</sup> CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**, p. 238. Trad. livre. No original: “Tra le esigenze cautelari, questa è senza dubbio la più esposta a dilatazioni interpretative. Ciò dipende dalla natura di *cautela sostanziale* che da una nozione di carattere penalistico si inserisce nel tessuto del processo, con tutte le insidie che ciò può comportare. Di qui l’importanza della locuzione normativa, che ha la schietta funzione di evitare la generica convergenza di più nozioni, vagamente ricollegabili a finalità di prevenzione generale o speciale, in ordine alle quali le limitazioni di libertà più vistosamente si confonderebbero con la finalità punitiva e si risolverebbero effettivamente in quella inammissibile anticipazione della sanzione, contro la quale, almeno a parole, sono tutti d’accordo”.

<sup>627</sup> ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 962-963. Trad. livre. No original: “la carenza di tassatività, che si concreta nella mancanza di presupposti e criteri di valutazione indicati dalla legge, non è che un aspetto della tendenziale strutturazione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale in funzione immediatamente repressiva”.

<sup>628</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, p.41-42.

Demonstra CHOUCKR, em estudo específico sobre o tema<sup>629</sup>, que as tentativas passam também pela gravidade do delito, por atendimento ao clamor público, restauração da credibilidade da justiça e o perigo de cometimento de novos delitos. Prender por haver *clamor público* é admitir um *fundamento apócrifo*<sup>630</sup> e sobre o qual não se conseguiu elaborar qualquer conceito adequado.<sup>631</sup> Segundo CHOUCKR, é preciso compreender a questão de forma relacionada à cultura *emergencial* que marca o processo penal regido pela *eficiência*:

Esse conceito fluído acaba abarcando as idéias como as da presunção de periculosidade e o emprego da prisão processual como juízo de hipótese de realização de novo delito. (...). Aqui a ordem pública, fruto podre da tutela penal semeada pelas considerações da teoria *law and order* se faz sentir de maneira intensa. Tolhe-se a liberdade pelo emprego esotérico da premonição.<sup>632</sup>

<sup>629</sup> Ver assim: CHOUCKR, Fauzi Hassan. A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.89-93.

<sup>630</sup> SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, p. 113.

<sup>631</sup> SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, p. 114: "Para termos uma idéia dessa indeterminação conceitual, basta mencionar que a jurisprudência identifica o clamor público com: 1) a repercussão do crime na comunidade; 2) a preservação da credibilidade do Estado e da Justiça; 3) a satisfação da opinião pública; 4) a proteção à paz pública; 5) a comoção social ou popular; 6) o desassossego, temor geral, espanto, perplexidade, abalo ou inquietação social; 7) a indignação, repulsa profunda ou revolta na comunidade; 8) a gravidade do crime: periculosidade e *modus operandi*". O termo é a clara expressão de um *mal-estar* (v. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, p. 193 e ss.), não se podendo esquecer "que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, p. 15). E sendo assim, há que se atentar para as armadilhas da estrutura inquisitória (*Idem*, p. 49). Observa-se, apenas para exemplificar, o descompasso entre o que afirma Sérgio Fernando MORO no ótimo **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**, p. 21-23: "o problema da efetividade das normas constitucionais passa por uma opção política. A Constituição ou é a Lei Fundamental do país, estando os poderes públicos a ela vinculados e obrigados a torná-la realidade, ou não passa de um conjunto de belos conselhos e declaração de intenções. (...). O princípio da supremacia da Constituição exige o comprometimento de todos os poderes públicos com as normas constitucionais" e a constatação de que em muitos casos no Brasil a *pena* será efetivamente a *prisão cautelar* decretada no início do processo ("Juiz defende uso de grampo e prisão preventiva. Entrevista: Prisão de chefes do crime depende da utilização do grampo. **Folha de São Paulo**, n. 28.971, São Paulo, 28 de julho de 2008, p. A14: 'FOLHA: Como a Justiça nunca termina, as prisões com o uso de algemas acabam sendo a punição? – Em boa parte dos casos, é isso que vai acontecer. O processo não vai terminar. A punição que houve, que é uma coisa inadequada, é a prisão temporária ou preventiva que não tenha chegado até o final do processo. Infelizmente é a realidade, com exceções')".

<sup>632</sup> CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**, p. 149.



Com efeito, o discurso da lei e da ordem resta nítido quando se busca atribuir a uma medida como a decretação de uma prisão cautelar atribuições típicas do Poder Executivo, em relação à segurança pública<sup>633</sup>:

não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate à violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Se há roubo, homicídios, estupros, etc, ocorrendo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culpamos o judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. (...). Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo.<sup>634</sup>

Em contundente crítica, afirma LOPES JR. que este tipo de decisão é “dotada de um elevado grau de charlatanismo e um altíssimo grau de prepotência”:

Quando se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Inadmissível, portanto, a prisão preventiva sob o argumento de ‘perigo de reiteração’ de condutas criminosas. Trata-se de (absurdo) exercício de vidência por parte de julgadores, que até onde temos conhecimento ainda não possuem um *periculosômetro* (diria ZAFFARONI) à disposição.<sup>635</sup>

Assim, mesmo se aceitando a distinção entre prisão penal e processual e, logo, a legitimidade e a existência de determinadas hipóteses nas quais a prisão cumpriria função efetivamente *cautelar*, não se poderia entender como tal aquela para garantia da ordem:

Nesta hipótese a prisão preventiva sairia do âmbito processual que lhe é correspondente para assumir uma tarefa substancial, idêntica àquela da verdadeira pena. [...]. Se estaria assim a legitimar uma pena atípica, imposta apenas pela instauração do processo e independentemente do seu resultado, com fundamento em meras hipóteses de culpa.<sup>636</sup>

<sup>633</sup> Cumprindo o art. 144 da Constituição da República, que diz ser a segurança pública “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, devendo ser “exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

<sup>634</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p. 581. Merece registro a opinião contrária de: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública. **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**, p. 253: “Embora impor a ordem pública não seja uma função precípua do Poder Judiciário, também não é privativa dos órgãos indicados no artigo 144 da Constituição. (...). Assim, não é inconstitucional cometer a função *residual* de segurança pública ao Judiciário quando ela for consequência de uma regular função jurisdicional. No entanto, essa função *residual* só se legitima se a decisão for produzida como produto de uma adequada ponderação de bens, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, para proteger bens constitucionais concretamente ameaçados – nunca genericamente”.

<sup>635</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**, p. 203-204.

<sup>636</sup> ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 963-964. Trad. livre. No original: “In questa ipotesi la carcerazione preventiva uscirebbe dall’ambito processuale che le è consono, per svolgere un compito sostanziale, del tutto identico a quello della pena vera e propria. [...]. Si verrebbe così a legittimare una pena atípica, inflitta in conseguenza della sola instaurazione del processo e indipendentemente dal suo risultato, sulla base di mera ipotesi di colpevolezza.”

Pondera-se, por outro lado, existir um conceito desejável de *ordem pública* no direito positivo brasileiro, como aquele expresso como princípio informador do Código de Defesa do Consumidor<sup>637</sup>, determinando que se apliquem seus dispositivos mesmo se ocorrerem mudanças político-econômicas significativas.<sup>638</sup> Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho considera que a *ordem pública* do processo penal “representa uma ponderação legal de valores perfeitamente apoiada pelo *caput* do artigo 5º, da Constituição”, considerando a proteção da *ordem econômica* inadequada sob as mesmas premissas.<sup>639</sup> Em sentido similar se manifesta PACELLI:

a única exceção à regra geral da indispensabilidade da correlação entre o provimento cautelar e o final é encontrada na hipótese de decretação da preventiva para *garantia da ordem pública*, quando a razão de instrumentalidade pode ultrapassar os limites do processo em que a mesma se deu, para atingir a *generalidade* dos interesses tutelados pela jurisdição penal.<sup>640</sup>

Nota-se, porém, que o exemplo do conceito presente no direito do consumidor remete à proteção, pelo Estado, do *hipossuficiente*, do particular, do pólo mais frágil da relação, distinguindo-se profundamente da “ordem pública” que, no processo penal, tutela um suposto *interesse* de toda a coletividade contra um indivíduo.

Com a ênfase conferida à custódia cautelar, a jurisdição penal passa a ter no início do processo seu ponto alto no que tange à relevância conferida pela sociedade.<sup>641</sup> No entanto, “quem luta contra a criminalidade prematuramente, ou seja, antes da sentença com autoridade de coisa julgada, por meio da prisão preventiva, não respeita o princípio de inocência, retira o valor do procedimento principal e lesiona pessoas sem fundamento jurídico”<sup>642</sup>, vinculando-se e tomando como *certa* a condenação.

<sup>637</sup> Diz o art. 1º da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

<sup>638</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública. **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**, p. 247-248.

<sup>639</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública. **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**, p. 250-251.

<sup>640</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**, p. 75.

<sup>641</sup> ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 928.

<sup>642</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 119. Trad. livre. No original: “quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico”.

Segundo AMODIO, “seja se entendendo a periculosidade como probabilidade de repetição de ilícitos por parte do imputado, seja se a concebendo como a eventualidade da destruição da prova, é, contudo, indubitosa (...) uma *contaminação* entre o cárcere preventivo e exigências de prevenção”.<sup>643</sup>

Parece evidente, por fim, o liame existente entre a gestão tecnocrática das penalidades, epistemologicamente fundada na *ação eficiente* e uma estrutura processual inquisitória; afinal, “para um Direito Penal de força, um processo penal de força, inquisitório. Se fosse diferente, seria de estranhar porque ilógico; pelo menos diante desta lógica, que é neoliberal”.<sup>644</sup> Perante uma justiça *lenta*, não tanto porque se estaria a cumprir o devido processo legal e mais por conta dos trâmites burocráticos do Estado, a prisão preventiva aparece como resposta coerente à preocupação com a gestão dos novos processos de *exclusão social*<sup>645</sup>, de forma estritamente vinculada a políticas de segurança pública que se revelam mais modalidades de uma *gestão penal da pobreza*.

É preciso observar que a *prisão* enquanto instituição corretiva e a finalidade de prevenção especial positiva enquanto fundamento são dimensões distintas. Mesmo com o descrédito da primeira, a busca de um fundamento utilitário para a punição pela via da prevenção especial positiva seguiu firme enquanto resistiu o *Welfare State*, mediante o apelo a mecanismos alternativos ao cárcere:

Embora as alternativas à prisão visivelmente demonstrem o fracasso da invenção penitenciária, evidenciam ao mesmo tempo o máximo domínio do objetivo especial-preventivo da pena. A crise da resposta carcerária não apenas é temporalmente anterior à crise da finalidade especial-preventiva da pena, mas é precisamente a crise carcerária que legitima as finalidades de ressocialização na política penal através de castigos legais alternativos ao cárcere.<sup>646</sup>

---

<sup>643</sup> AMODIO, Ennio. La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 882. Trad. Livre. No original: “sia che si intenda la pericolosità come probabilità di una ripetizione di illeciti penali da parte dell'imputato, sia che la si concepisca come eventualità di un inquinamento della prova, è in ogni caso palese (...) una *contaminatio* tra carcerazione preventiva ed esigenze di prevenzione”.

<sup>644</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 47.

<sup>645</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 229.

<sup>646</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 65. Trad. livre. No original: “si bien las alternativas a la cárcel marcan visiblemente el fracaso de la invención penitenciaria, evidencian al mismo tiempo el máximo dominio del objetivo especial-preventivo de la pena. La crisis de la respuesta carcelaria no sólo es temporalmente anterior a la crisis de la finalidad especial-preventiva de la pena, sino que es precisamente la crisis carcelaria la que legitima las finalidades de resocialización en la política penal a través de castigos legales alternativos a la cárcel”.

Porém, com o modelo decorrente das teorias econômicas neoliberais e da adoção da *eficiência* enquanto parâmetro, atinge-se não apenas a instituição penitenciária, mas a própria finalidade especial preventiva positiva. Se ainda se fala e se utilizam mecanismos próprios de um sistema que buscava, ao menos retoricamente, a “correção” do condenado, não é visando por escopo primário a reinserção deste, mas sim a *proteção do público* mediante um cálculo de *redução dos riscos*<sup>647</sup>, seguindo lógica estritamente economicista.

Recorda-se que DE LUCA explicara o *conflito de interesses* na tutela cautelar penal como relativo à *repartição dos riscos* no processo. Com o modelo tecnocrático de controle social, falar em *redução de riscos* significará dizer ser preferível prender um *socialmente perigoso* para sempre, ou *imediatamente*, que *arriscar* a vida ou a propriedade de “outra vítima inocente”. Vê-se que o argumento serviria, de certo modo, para uma justificativa da pena de morte e da prisão perpétua, o que romperia com todas as conquistas democráticas, mesmo que pouco efetivadas, relativas a uma minimização da intervenção penal. DE LUCA, entretanto, escreveu antes da “era neoliberal” e certamente não sabia que a noção de conflito de interesses seria processada nos termos de uma *sociedade de risco*.<sup>648</sup> O ponto é que não se pode falar em conflito de interesses, nesta que é uma dimensão normativa do problema, porque está estabelecido *ex ante* na Constituição a prevalência do interesse individual.

Nos termos de uma lógica custo/benefício, porém, eis como apareceria o *conflito de interesses*: “Seus cálculos são simples – o interesse do preso na liberdade é definido como zero se sua soltura puder expor o público a um perigo evitável, ou exigir que se corra qualquer risco político substancial”<sup>649</sup>; lógica esta que se consubstancia, enquanto fundamento da pena, na finalidade de *neutralização* ou *incapacitação* daqueles indivíduos e grupos considerados *socialmente perigosos*.

---

<sup>647</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 176: “Na nova teoria, reabilitação é vista como um meio de gerenciamento do risco, não como uma finalidade ‘social’ em si mesma. Se o programa de tratamento não funciona, um pode reverter ao outro, como a supervisão de perto ou a custódia na prisão”. Trad. livre. No original: “In the new framework rehabilitation is viewed as a means of managing risk, not a welfarist end in itself. If the treatment programme does not work, one can revert to other, more effective means, such as close supervision or prison custody”.

<sup>648</sup> Sobre o tema, v. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>649</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 192. Trad. livre. No original: “Their calculations are simple – the liberty interest of the prisoner are set at zero if his or her release might expose the public to avoidable danger, or require the responsible official to run any substantial political risk”.

### 3.3. REALIDADE PERIFÉRICA E A PRISÃO PARA INCAPACITAR

#### § 1º Incapacitação

#### § 2º Socialmente perigosos

#### § 3º Do lugar da periferia

#### § 1º Incapacitação

Ressalvando desde logo se estar a falar, por ora, de um discurso produzido no contexto dos países centrais do capitalismo, é importante se atentar para os pólos *realista* e *idealista* identificados por BARATTA no debate perante a perda da centralidade do discurso do paradigma *corretivo* ou *ressocializante* do cárcere:

No primeiro caso, o reconhecimento científico de que o cárcere não pode ressocializar, mas unicamente neutralizar; que a pena de prisão para o delinquentes não representa, em absoluto, uma oportunidade de reintegração social, senão um sofrimento imposto como castigo, transmuda-se em um argumento para a teoria de que a pena deve neutralizar o delinquentes e/ou representar o castigo justo pelo delito cometido. Renasce deste modo concepções ‘absolutas’, retributivas da pena ou, entre as teorias ‘relativas’, confirma-se aquela da prevenção especial negativa.<sup>650</sup>

De outra parte, ter-se-ia o pólo *idealista* como aquele em que ainda se acredita na prisão como local e meio de ressocialização. A principal ponderação de BARATTA é que a assunção extremada da primeira posição significa incorrer em uma *falácia naturalista*, em que “se convertem os fatos em normas ou se pretende deduzir uma norma dos fatos”, enquanto na segunda se incorre em uma *falácia idealista*, ou seja, “se coloca uma norma contra-fática que não pode ser realizada”.<sup>651</sup>

O que defende o autor, a partir da perspectiva de uma criminologia *crítica*, é que se mantenha, da base *realista*, a consciência de que o cárcere não pode ressocializar, mas sem se abandonar tal finalidade, buscando reconstruí-la a partir de outros parâmetros (não *com* o cárcere, mas *apesar* dele). O que importa sublinhar é que BARATTA rejeita a solução pela

<sup>650</sup> BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado. **Sistema Penal para o 3º Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel**, p. 252. Trad. livre. No original: “En el primer caso, el reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar sino únicamente neutralizar; que la pena carcelaria para el delincuente no representa en absoluto una oportunidad de reintegración en la sociedad sino un sufrimiento impuesto como castigo, se concreta en un argumento para la teoría de que la pena debe neutralizar al delincuente y/o representar el castigo justo por el delito cometido. Renacen de este modo concepciones ‘absolutas’, retributivas de la pena o, entre las teorías ‘relativas’, se confirma la de la prevención especial negativa”.

<sup>651</sup> BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado. **Sistema Penal para o 3º Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel**, p. 253. Trad. livre. No original: “se convierten los hechos en normas o se pretende deducir una norma de los hechos”; “se coloca una norma contrafáctica que no puede ser realizada”.

via *tecnocrática*, onde “o *lugar* da solução do problema carcerário é, desde quando o cárcere nasceu, o próprio cárcere”.<sup>652</sup> Com esta, a prisão é *re-legitimada* como uma espécie de zona de quarentena onde “indivíduos perigosos” são segregados em prol da segurança pública:

Assim como as sanções pré-modernas de remoção ou banimento, a prisão agora funciona como uma forma de exílio (...). Encarceramento em larga escala funciona como um modo de colocação econômica e social, um mecanismo de zoneamento que segrega aquelas populações rejeitadas pelo empobrecimento das instituições familiares, do trabalho e bem-estar, situando-os atrás das cenas da vida social.<sup>653</sup>

Vincula-se o desenvolvimento deste modelo aos desdobramentos da tendência por PAVARINI denominada *desencarceramento*: a tendência geral, nos países centrais, da redução da centralidade da custódia nos sistemas ocidentais de controle social<sup>654</sup> após o início da crise do paradigma da ressocialização, “um processo que se realizava em uma fase de desinstitucionalização e em uma de socialização do controle ou mesmo de deslocamento dos conflitos e das situações problemáticas até novos espaços sociais de solução e controle”.<sup>655</sup>

Mesmo quando se busca alternativas à custódia se pode identificar um momento de legitimação da finalidade de neutralização em face daqueles *incorrigíveis*, através da

<sup>652</sup> BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado. **Sistema Penal para o 3º Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel**, p. 265. Trad. livre. No original: “el *lugar* de la solución del problema carcelario es, desde cuando la cárcel nació, la cárcel misma”.

<sup>653</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 178. Trad. livre. No original: “Like the pre-modern sanctions of transportation or banishment, the prison now functions as a form of exile (...). Large-scale incarceration functions as a mode of economic and social placement, a zoning mechanism that segregates those populations rejected by the depleted institutions of family, work, and welfare and places them behind the scenes of social life”. Sobre o tema do *exílio local*, vale v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Exílio Local: Subsídios para uma análise político-ideológica. **Revista de Direito Alternativo**, n. 3, 1994, São Paulo: Acadêmica, p.123-131.

<sup>654</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 175: pondera o autor que “o próprio termo ‘desencarceramento’ sofre tanto de falta de elegância (...) como de ambigüidade, já que em alguns casos se quer designar com ele um processo efetivo e empiricamente verificado de redução, no tempo, do limite da penalidade carcerária, enquanto que em outras ocasiões este termo indica apenas uma expectativa, ou melhor dito, uma vontade”. Trad. livre. No original: “el término mismo ‘desencarceramiento’ sufre tanto de falta de elegancia (...) como de ambigüedad, ya que en algunos casos se quiere designar con él un proceso efectivo y empíricamente verificado de reducción, en el tiempo, del umbral de la penalidad carcelaria, mientras que en otras ocasiones este término indica sólo una expectativa, o mejor dicho, una voluntad”.

<sup>655</sup> PAVARINI, Massimo. A dónde vamos?. **Capítulo Criminológico**, p. 6. Trad. livre. No original: “un proceso que se realizaba en una fase de desinstitucionalización y en una de socialización del control o bien de desplazamiento de los conflictos y de las situaciones problemáticas hacia nuevos espacios sociales de solución y control”.

concepção que HAWKINS e ZIMRING denominam *liberal*, em contraposição a uma outra, *conservadora*:

Para os liberais, a prisão se reservava a um seletivo grupo de criminosos reincidentes especialmente perigosos, no que diz respeito a quem a defesa social necessitava uma estratégia de incapacitação. (...). A visão conservadora da função do encarceramento em uma era pós-reabilitação tomou a forma de uma estratégia de incapacitação geral que alcançaria um grande aumento na prevenção da criminalidade mediante o aprisionamento de quantidade substancial de criminosos comuns.<sup>656</sup>

Em um primeiro momento, portanto, teria prevalecido tal concepção, buscando-se “corrigir” os passíveis de correção e “neutralizar” os *incurrigíveis*:

O momento da detenção mantém de todas as formas uma função insuprimível, mas diversa, no interior do sistema de controle social: o cárcere se radicaliza como a resposta extrema com uma finalidade de incapacitação daqueles com quem o sistema de controle social ‘brando’, fundado na reintegração, fracassa.<sup>657</sup>

Assim, se por um lado, nos países centrais, quis-se diminuir o uso da prisão em prol de mecanismos alternativos de controle, não se o fez para aqueles indivíduos considerados “socialmente perigosos” e que *não poderiam ser governados de outro modo*.<sup>658</sup>

A prisão cautelar é, já nesse momento, um mecanismo de importância central, na medida em que no início do século XX “o princípio da incapacitação serviu para sustentar uma razão para a custódia preventiva, vista como uma medida de segurança pública antes da punição legal tradicional”.<sup>659</sup> Prevaleceu, porém, a opção mais conservadora, primeiramente em face da difusão do sentimento de pânico em face de um suposto grande aumento nos índices de criminalidade, e também por conta da não concretização de uma distinção convincente entre criminosos efetivamente “perigosos” e outros “inofensivos”.<sup>660</sup>

<sup>656</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 10-11. Trad. livre. No original: “In the case of liberals, prison was to be reserved for a select group of especially dangerous repeat offenders in regard to whom social defense required an incapacitation strategy. (...). The conservative view of the function of imprisonment in a post-rehabilitation age took the form of a strategy of general incapacitation that would achieve large aggregate crime prevention gains by imprisoning substantial numbers of run-of-the-mill felons”.

<sup>657</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 39. Trad. livre. No original: “El momento de la detención mantiene de todas maneras una función insuprimible, pero diversa, al interior del sistema de control social: la cárcel se radicaliza como respuesta extrema con una finalidad de incapacitación con respecto a aquellos frente a los que el sistema de control social ‘blando’, fundado sobre la integración, fracassa”.

<sup>658</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 43.

<sup>659</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 22. Trad. livre. No original: “the principle of incapacitation served to provide a rationale for preventive detention, viewed as a measure of public security rather than traditional legal punishment”.

<sup>660</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 12.

Assim emerge, hodiernamente, a *incapacitação* como escopo primário da prisão, enquanto fenômeno diretamente ligado à crise da pena como ressocialização, na medida em que “enquanto desviantes que não podem ser disciplinados de outro modo, ou mesmo cujo controle através de políticas preventivas é custoso demais”<sup>661</sup>, resta a privação da liberdade como única resposta possível. Legitima-se novamente, deste modo, a centralidade do cárcere, confluindo nos processos de *re-encarceramento*<sup>662</sup> que têm provocado um enorme aumento nas populações carcerárias em todo o mundo, fenômeno para o qual se pode buscar diversos critérios e hipóteses explicativas.

Não obstante trabalhado, nas referências aqui citadas, a partir do contexto norte-americano e europeu, pode-se tomar o conceito como comum a uma determinada estrutura econômica, política e social cuja expressão punitiva é a do “Estado Penal”. No caso da influência norte-americana, em especial:

Talvez não seja um exagero dizer que, ao menos a partir dos anos 50 do último século, em significativa coincidência com a emergência dos Estados Unidos da América como ‘capital’ economicamente, politicamente, culturalmente hegemônica no mundo ‘não comunista’, com pouquíssimas exceções, as únicas políticas de controle social que se impuseram universalmente foram aquelas veiculadas através do processo de ‘americanização’ da ‘periferia’.<sup>663</sup>

Assim, diz-se que “os modelos dominantes em política criminal em suma penetram onde quer que seja, como o hábito de beber Coca-Cola”.<sup>664</sup> Em tais modelos, *incapacitar* significa *prender para fisicamente impedir alguém de cometer novos crimes enquanto está preso*.<sup>665</sup> Explica-se a emergência deste discurso como justificativa central à prisão<sup>666</sup>: primeiramente porque diante da fragilidade das outras finalidades esta seria a única

<sup>661</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 27. Trad. Livre. No original: “en cuanto actores desviados que no pueden ser disciplinados de otro modo, o bien, cuyo control a través de políticas preventivas resulta demasiado costoso”.

<sup>662</sup> Sobre o tema, v. PAVARINI, Massimo. *Procesos de re-encarcelamiento en el mundo, o bien del dominio de un cierto ‘punto de vista’*. **Estudios sobre la justicia penal: Homenaje al Profesor Julio B. Maier**. Tradução de Pablo Eiroa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 595-609.

<sup>663</sup> PAVARINI, Massimo. *Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale*. **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 336. Trad. Livre. No original: “Forse non è un’esagerazione ritenere che, almeno a fare corso dagli anni’50 del secolo passato, in significativa coincidenza con l’emergere degli Stati Uniti d’America come ‘capitale’ economicamente, politicamente, culturalmente egemone nel mondo ‘non comunista’, con ben poche eccezioni, le sole politiche di controllo sociale che si sono imposte universalmente sono state quelle veicolate attraverso il processo di ‘americanizzazione’ della ‘periferia’”.

<sup>664</sup> PAVARINI, Massimo. *Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale*. **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 337. Trad. Livre. No original: “i modelli dominanti in politica criminale insomma penetrano ovunque, come l’abitudine di bere Coca-Cola”.

<sup>665</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 3.

<sup>666</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 14-15.



efetivamente cumprida, e também porque se justificaria *moralmente* a partir de um *cálculo de riscos* sobre a *probabilidade* de o indivíduo cometer novos crimes, a não ser que permaneça detido, e se acresça, dele buscar destruir provas, fugir, ou qualquer outra finalidade ligada ao que se entende por tendo natureza *processual*.

Apesar de tomada como um fenômeno atual, a prevenção especial negativa sempre esteve presente no discurso justificador da pena, embora ocupando um papel secundário, mesmo porque “*parece óbvia: a chamada incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão*”.<sup>667</sup>

HAWKINS e ZIMRING tratam o tema delimitando três períodos históricos essenciais<sup>668</sup> em que tal discurso se fez presente, de maneiras distintas: primeiramente enquanto escopo secundário ou terciário da punição; como medida necessária ao controle de grupos reduzidos de *criminosos habituais* e enfim, sob a regência do princípio da eficiência, passando a escopo primário da prisão e expandindo sua incidência sob uma racionalidade pautada no cálculo de riscos.

Antes, lê-se em BENTHAM que o que justifica o castigo é sua *utilidade*, rejeitando, assim, a pena quando *mal fundada*, quando *dela não se tira proveito*, quando *supérflua* ou quando *mui dispendiosa*.<sup>669</sup> Segundo o autor, a principal finalidade de tal pena *útil* seria a *prevenção*, o que se poderia alcançar, quanto ao réu, mediante três mecanismos: “inabilitação, reforma, acanhamento para cometer o crime com medo da lei”<sup>670</sup>, sendo que o “modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira serve de exemplo”.<sup>671</sup>

A retirada do poder do indivíduo de praticar novos delitos seria para BENTHAM um terceiro objetivo da justiça penal, vindo após a intimidação geral (prevenção geral negativa) e a correção do condenado (prevenção especial positiva).

Da mesma forma, já escrevera VOZ LISZT que a execução penal (1) atua, antes de tudo, “sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de

<sup>667</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, p. 465.

<sup>668</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 18 e ss.

<sup>669</sup> BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**, p. 55-58.

<sup>670</sup> BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**, p. 24.

<sup>671</sup> BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**, p. 23. Ver também, sobre seu pensamento: HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 19-22.

intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos”<sup>672</sup>, referindo-se, respectivamente, às dimensões *negativa* e *positiva* da prevenção geral. Em segundo lugar, (2) a punição satisfaz e protege o interesse do ofendido; e em terceiro lugar (3) atua sobre o próprio delinqüente, referindo-se, enfim, às dimensões *positiva* e *negativa* da prevenção *especial*:

A pena pode ter por fim converter o delinqüente em um membro útil à sociedade (...). A pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinqüente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinqüente é reduzido ao *estado de inocuidade*.<sup>673</sup>

O segundo período de que falam HAWKINS e ZIMRING remete à já referida prisão ressocializante, mas que seria meramente neutralizante para aqueles indivíduos não passíveis de correção. Com a terceira e *moderna* teorização do princípio da incapacitação, enfim, torna-se hegemônica a idéia de que “enquanto os criminosos estão presos, eles claramente não poderão cometer crimes fora da prisão”.<sup>674</sup>

Sabe-se que muito se fala, atualmente, nas teorias da prevenção *geral positiva* fundadas nas teorias sistêmicas.<sup>675</sup> O tema extrapola, porém, o recorte aqui pretendido, pois demandaria outro enfoque e um estudo mais aprofundado. Indubitavelmente, a finalidade da *prevenção geral positiva*, segundo a vertente capitaneada por Günther Jakobs, que degenera na distinção entre um direito penal *do cidadão* e outro *do inimigo*, é o principal marco atual de compreensão das tendências mais reacionárias dentre as teorias do direito penal, o que certamente abrange a prisão enquanto instituição, mas a ultrapassa e remete também a outras formas de castigo e controle. Ademais, a larga utilização da prisão cautelar se relaciona a esse *processo penal do inimigo*<sup>676</sup> exatamente pela via da dimensão

<sup>672</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**, t. I, p. 143.

<sup>673</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**, t. I, p. 144.

<sup>674</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 27. Trad. livre. No original: “so long as offenders are incarcerated, they clearly cannot commit offenses outside prison”.

<sup>675</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**, p. 13-15: “Para a teoria sistêmica aplicada ao direito penal, o delito não é mais que a expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao sistema social; a pena ou a medida de segurança, a expressão simbólica do contrário, quer dizer, da superioridade do sistema. [...]. Em última instância, a teoria sistêmica conduz para substituição do conceito de bem jurídico pelo de ‘funcionalidade do sistema social’, perdendo a ciência do direito penal o último ponto de apoio que existe para a crítica do direito penal positivo.”. Vale o registro das críticas em PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 76-7, para quem não se tem nada mais que uma nova teorização de ideais funcionalistas outrora defendidos por Émile Durkheim.

<sup>676</sup> V. assim: FERRAJOLI, Luigi. L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza. **Dei delitti e delle pene**, n.1, 1987, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, pp.581-593; e também: MALAN, Diogo

*neutralizante* do cárcere, penal ou processual, que *descarta* o indivíduo tido como alguém que deve ser *excluído* da comunidade, tal qual se faz com *inimigo* na guerra.

A forma como se visualiza a capacidade *preventiva* da prisão como incapacitação bem demonstra sua regência pelo princípio da eficiência:

Cada preso adicional representa mais crime prevenido enquanto se assumir que criminosos continuarão cometendo crimes a não ser que sejam confinados. (...). Assim como trancando mais criminosos se *deve* reduzir a atividade criminal em certa quantia, soltando um grande número de criminosos ou lhes permitindo permanecerem fora da prisão *deve* produzir algum aumento no número de crimes na comunidade que os recebe.<sup>677</sup>

A premissa que se busca demonstrar por meio de estudos estatísticos e cálculos matemáticos é que haveria uma relação direta entre o *impacto individual* da prisão e seu *impacto na comunidade*:

O *impacto individual* do encarceramento se refere ao número de atos criminosos que um indivíduo teria cometido se ele ou ela não tivessem sido presos, não os cometendo em razão da prisão. Se Smith é confinado por um ano e teria, de outra maneira, vendido tóxicos por 100 vezes naquele período na comunidade da qual foi removido, o efeito individual de sua prisão é a prevenção de 100 vendas de tóxicos. (...). O *impacto comunitário* da prisão de Smith é o efeito em rede de sua ausência nas vendas de drogas na comunidade. (...). Ademais, a diferença no volume de crime dividida pelo número de anos de incapacitação individual daria uma medida da contribuição média de cada ano de prisão para a redução do crime.<sup>678</sup>

Parece claro que se trata de concepção incompatível com uma sociedade democrática, na medida em que forja uma pena tendente à perpetuidade, senão à pena capital, já que se está a descartar membros da comunidade tal qual lixo. Ademais, com os avanços tecnológicos e a corrupção interna ao sistema, até mesmo a eficácia da prevenção

---

Rudge Malan. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 59, 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 223-259.

<sup>677</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 16. Trad. livre. No original: “Each additional prisoner represents more crime prevented as long as it assumed that offenders will persist in crime unless confined. (...). Just as locking up more offenders *must* reduce criminal activity by some amount, releasing large numbers of offenders or allowing them to remain outside prison *must* produce some increase in the number of crimes experienced in community that receives them”.

<sup>678</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 45-46. Trad. livre. No original: “The *individual impact* of incarceration refers to the number of criminal acts that an individual would have committed had he or she not been restrained from doing so by reason of imprisonment. If Smith is confined in prison for a year and would otherwise in that time have performed 100 drug sales in the community from which he has been removed, the individual effect of his being restrained is the prevention of 100 drug sales. (...). The *community impact* of Smith’s removal is the net effect of his absence on drug sales in the community settings. (...). Furthermore, the difference in the volume of crime divided by the number of person years of incapacitation would provide a measure of the average contribution to each year of confinement to crime reduction”.

especial negativa pela prisão pode ser questionada, sendo exemplo disso a utilização de telefones celulares por presos de dentro do cárcere.

Além disso, a lógica é eminentemente *dedutiva* e desprovida de amparo em quaisquer dados empíricos, equiparando todos os criminosos, abstraindo sua individualidade e simplesmente *supondo* que, em liberdade, cada um deles continuaria cometendo determinado número de crimes.<sup>679</sup> Visualiza-se o *crime* como um risco a ser *calculado* e *evitado* e o que se tem por resultado é uma *gestão administrativa e tecnocrática das penalidades*<sup>680</sup>:

Seus programas de ação são direcionados não para indivíduos criminosos, mas em seu lugar, para a conduta de vítimas em potencial, para as situações criminogênicas, e para aqueles procedimentos de todo dia que criam oportunidades de cometimento de crimes como um subproduto involuntário. (...). Este modelo representa o problema do crime como uma questão de oferta e demanda, com a punição operando como um mecanismo de preço. Ela visualiza os criminosos como oportunistas racionais ou criminosos de carreira cuja conduta é variavelmente inibida ou desinibida pela manipulação de incentivos (...). Onde a criminologia correccionalista tratou o crime como um problema de dimensões sociais, temporais e psicológicas, o modelo da escolha racional o trata como uma função de preço.<sup>681</sup>

É a segregação a estratégia penal destes novos tempos, que toma o lugar central e relega a papéis secundários, sem lhes descartar, todo o saber e experiências vinculadas ao paradigma da ressocialização idealizado nos países centrais.

<sup>679</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 30.

<sup>680</sup> O tema vem sendo intensamente discutido nos últimos anos; por todos, v. os recentes escritos de PAVARINI tais como: PAVARINI, Massimo. Procesos de re-encarcelamiento en el mundo, o bien del dominio de un cierto 'punto de vista'. **Estudios sobre la justicia penal: Homenaje al Profesor Julio B. Maier**. Tradução de Pablo Eiroa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 595-609; \_\_\_\_\_. Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 1-2-3, 2002, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 329-337; \_\_\_\_\_. Bisogni di sicurezza e questione criminale. **Rassegna Italiana di Criminologia**, s/n (Indici), 1994, Milano: Giuffrè, p. 435-462; \_\_\_\_\_. Note sulle concezioni amministrative e tecnocratiche della penalià. **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 3, 1994, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 157-167; \_\_\_\_\_. A dónde vamos?. **Capítulo Criminológico**, n. 22, 1994, Maracaibo: Universidad del Zulia, p. 3-15; \_\_\_\_\_. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. **Capítulo Criminológico**, n. 21, 1993, Maracaibo: Universidad del Zulia, p. 29-41; \_\_\_\_\_. Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 2, 1986, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 251-276.

<sup>681</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 129-130. Trad. livre. No original: "Their programmes of action are directed not towards any every individual offender, but instead towards the conduct of potencial victims, to criminogenic situations, and to those routines of everyday life that create criminal opportunities as an unintended by-product. (...). This model represents the problem of crime as a matter of supply and demand, with punishment operating as a price mechanism. It sees offenders as rational opportunists or career criminals whose conduct is variously deterred or dis-inhibited by the manipulation of incentives (...). Where correctionalist criminology treated crime as a problem with social, temporal and psychological dimensions, the rational choice model treats it as a function of price". Torna-se cada vez mais comum, principalmente nos Estados Unidos da América, buscar-se fazer uma *análise monetária do custo do crime*. Com ela, quer-se comparar dores, sofrimentos e perdas causados pelos diferentes crimes cometidos mediante sua redução a uma unidade monetária como o *dólar*. Sobre o tema, v. HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 131-154.

Trata-se de, primeiramente, *assumir que há sujeitos que não podem permanecer em liberdade*, com base em prognóstico sobre seu comportamento, para, em seguida, segregá-los do convívio social a fim de neutralizá-los; e que se o faça o mais rápido possível:

Sendo intrinsecamente maus, alguns criminosos não são como nós. Eles são perigosos, que ameaçam nossa segurança e não têm qualquer apelo aos nossos sentimentos. A reação apropriada da sociedade é a da defesa social: devemos nos defender contra esses inimigos perigosos antes de nos preocupar com seu bem-estar e suas perspectivas de reabilitação.<sup>682</sup>

A finalidade de *incapacitação seletiva* da prisão, apesar de a princípio evidente, é altamente questionável e contraditória, conforme demonstra, por todos, CIRINO DOS SANTOS:

(a) a privação de liberdade produz maior reincidência – e, portanto, maior criminalidade (...); (b) a privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante *desclassificação social* objetiva (...); (c) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima *desintegração social* do condenado (...); (d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, (...); (e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas, etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle; (f) finalmente, o grau de periculosidade do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a *subcultura da prisão*, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas (...).<sup>683</sup>

Por fim, afirma-se, a partir do pensamento de PASUKANIS, ser a prevenção especial negativa, ou incapacitação, nada mais que a pena privativa de liberdade como expressão da *retribuição equivalente* que caracteriza a *punição* no sistema capitalista:

A idéia de responsabilidade é indispensável se a pena se apresenta como um meio de reparação. O delinqüente responde com sua liberdade por um delito cometido e com um *quantum proporcional* à gravidade de seu ato. (...). A pena proporcional à culpa representa fundamentalmente o mesmo que a reparação proporcional ao dano.<sup>684</sup>

Assim se tem todas as formas de riqueza social “reduzidas à forma mais abstrata e mais simples – o trabalho humano medido em tempo”.<sup>685</sup> Trata-se, afinal, do conceito que

<sup>682</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 184. Trad. livre. No original: “Being intrinsically evil or wicked, some offenders are not like us. They are dangerous others who threaten our safety and have no calls on our fellow feeling. The appropriate reaction for society is one of social defense: we should defend ourselves against these dangerous enemies rather than concern ourselves with their welfare and prospects of rehabilitation”.

<sup>683</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, p. 484-485.

<sup>684</sup> PASUKANIS, Eugeny B. **A teoria geral do direito e o marxismo**, p. 157-158.

<sup>685</sup> PASUKANIS, Eugeny B. **A teoria geral do direito e o marxismo**, p. 159.

sintetiza a teoria *materialista/dialética* da pena, e que “pretende revelar a natureza *real* da *retribuição penal* nas sociedades contemporâneas”.<sup>686</sup> Segundo CIRINO DOS SANTOS:

A estrutura material das relações econômicas do capitalismo se baseia no princípio da *retribuição equivalente* em todos os níveis da vida social: do *trabalho* pelo *salário* na produção social de bens ou serviços – apesar da expropriação de mais valia; da *mercadoria* pelo *preço* na distribuição social de bens ou serviços – não obstante o lucro, etc. (...).<sup>687</sup>

Assim, sob um parâmetro *contratual-sinalagmático*, “o esquema retributivo vem de fato marcado por um referente sancionatório que é ontologicamente flexível e fungível por excelência: o tempo. (...) um tempo que pela primeira vez pode ser ‘economicamente’ medido, quantificado”.<sup>688</sup>

Nesse sentido:

A pena do cárcere – como privação de um *quantum* de liberdade – torna-se a pena por excelência na sociedade produtora de mercadorias. A *idéia de retribuição por equivalente* encontra, assim, na pena carcerária a sua máxima realização, enquanto a liberdade impedida (temporariamente) é capaz de representar a forma mais simples e absoluta de “valor de troca” (leia-se, valor do trabalho assalariado). A recondução da experiência carcerária, na acepção da pena privativa da liberdade, à sua *matriz contratual* original, permite o entendimento, em termos racionais, de algumas características essenciais da fenomenologia sancionatória burguesa.<sup>689</sup>

A importância da teoria é antes de tudo explicativa, tornando claro como a pena de prisão é a modalidade de punição que por excelência corresponde às necessidades de controle e disciplina das sociedades capitalistas, devendo uma perdurar enquanto existir a outra. Não à toa, os estudos de caso trazidos por HAWKINS e ZIMRING sobre a aplicação prática das teorias de incapacitação dizem respeito à criminalidade relativa ao consumo e tráfico de drogas e principalmente aos *crimes contra a propriedade*.<sup>690</sup> Para DUCLERC, o descumprimento cotidiano e massivo dos princípios relativos à prisão processual é explicável como devido à *seletividade* do sistema penal.<sup>691</sup> No mesmo sentido, em trabalho

<sup>686</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, p. 477.

<sup>687</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, p. 480.

<sup>688</sup> PAVARINI, Massimo. Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell’ossessione correzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 257-258. Trad. Livre. No original: “lo schema retributivo viene infatti esaltato da un referente sanzionario che è ontologicamente duttile e fungibile per eccellenza: il tempo. (...) un tempo che per la prima volta può essere ‘economicamente’ misurato, quantificato”.

<sup>689</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**, p. 263.

<sup>690</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 165: “Incapacitation is a central concern in decisions about policy toward property offenders, and enthusiasm for the incapacitative benefits of imprisoning property offenders seem to have played an important role in the prison expansion of the 1980s”.

<sup>691</sup> DUCLERC, Elmir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: Diagnóstico crítico e alternativas de superação. **Constituição e Processo**, p. 112. Sobre o

importantíssimo fundado sob consistente pesquisa empírica, Fabiana BARRETO investigou os mecanismos de *criminalização seletiva* a partir de 2.494 casos de prisão provisória de acusados de furto nas cidades de Recife, Belém, São Paulo, Distrito Federal e Porto Alegre entre 2000 e 2004.<sup>692</sup> O que fica demonstrado de forma cabal é a *perversidade* presente na operacionalidade cotidiana da prisão cautelar, na qual todo princípio limitador ou caráter *instrumental* parecem remetidos ao plano da irrelevância:

O funcionamento ideologizado e burocratizado das agências do sistema penal e a tendência para a manutenção de prisões decorrentes do flagrante, somados ao perfil das pessoas que praticaram furto, resulta em prisões provisórias em massa, cujo caráter se acentua quanto mais o perfil do réu se aproxima do público mais vulnerável ao sistema penal. A tabela 22 demonstra que em todas as cidades pesquisadas, o tempo de prisão provisória dos réus que tinham até o ensino fundamental foi maior que o de réus que cursaram ensino médio ou superior (...). Também foi verificada em todas as localidades maior tendência a que pessoas brancas fiquem menos tempo presas que pessoas pardas e pretas.<sup>693</sup>

Mas é preciso considerar tais conceitos de forma adequada a uma realidade que, como referido, mudou muito nas últimas décadas. Segundo PAVARINI, afinal, “*se o contrato deixa de ser a forma jurídica capaz de representar o universo das relações sociais no mercado livre, também a proporção entre valor-crime e valor-pena deixa de ser algo crível*”.<sup>694</sup>

Sobre o tema também se debruçou Alessandro Di Giorgi, defendendo que os conceitos da criminologia marxista sejam *relidos* sob a ótica de uma economia que ele chama *pós-fordista*.<sup>695</sup>

---

assunto, v. WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>692</sup> BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**, p. 50.

<sup>693</sup> BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**, p. 99-101: Anota-se, a título de exemplificação, que em Recife o tempo médio de prisão provisória para acusados com formação até ensino fundamental no período estudado foi de 140,9 dias, e de 43 dias para presos provisórios com ensino médio ou superior.

<sup>694</sup> PAVARINI, Massimo. *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*. **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 260. Trad. livre. No original: “*se il contratto cessa di essere la forma giuridica capace di rappresentare l'universo dei rapporti sociali nel libero mercato, anche la proporzione tra valore-reato e valore-pena cessa di essere feticcio credibile*”.

<sup>695</sup> GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 63: “pós-fordismo é hoje uma expressão comum tanto na literatura econômica (ao menos na não ortodoxa) quanto no léxico sociológico e político. (...). ‘Pós’ indica sempre um processo de transição ‘daquilo que não é mais’ para ‘aquilo que ainda não é’; (...). Neste sentido, pós-fordismo é um termo que alude mais a determinadas tendências e ao espaço indefinido que se estende entre o ‘não mais’ e o ‘não ainda’, do que à consolidação de um paradigma claramente definível”.

Seja qual for o termo utilizado, a principal mudança, segundo o autor, é que se antes havia uma *carência* a ser *disciplinada*, agora haveria um *excesso* a ser *controlado* mediante os já referidos parâmetros de *eficiência*, ou em outras palavras, por uma *lógica atuarial* que “evidencia, certamente, a penetração de uma *racionalidade gerencial* no sistema de controle, uma racionalidade que torna seus os princípios de economização dos recursos, de monetarização dos riscos, de efetividade da relação custo-benefício”.<sup>696</sup>

Definindo-se o *excesso* como *negativo* quando relativo à diminuição da necessidade por trabalho vivo, decorrente da automação da produção e da dinâmica da utopia neoliberal, pode-se afirmar que da busca do *controle* deste excesso se tem “o crepúsculo de um poder disciplinar que cultivava a ambição de produzir sujeitos úteis, e o alvorecer de um poder de controle que se limita a vigiar populações cujas formas de vida não consegue colher”.<sup>697</sup>

Assim, ideais de tipo correccionais *permanecem hoje apenas em dimensão extra cárcere* e mesmo *fora* do sistema penal, o qual se vê “livre” para motivar seu papel na *defesa social* e *incapacitação* dos perigosos.<sup>698</sup>

Tem-se, enfim, que a conjugação da noção de *retribuição equivalente* como a expressão política real da pena criminal (aqui especialmente associada à finalidade de prevenção especial negativa) e da epistemologia neoliberal da *eficiência* nas políticas de controle social é a equação que permitiria uma compreensão crítica da *prisão cautelar* em seu significado político concreto.

## § 2º- Socialmente perigosos

Conforme referido, a prisão cautelar foi instrumento de controle sobre os indivíduos tidos como socialmente perigosos inclusive quando hegemônico o paradigma da ressocialização nos países centrais. A fundamentação da custódia para fins de *defesa social* implicou também na utilização de um léxico próprio e coerente às teorias criminológicas etiológicas individuais:

<sup>696</sup> GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 99.

<sup>697</sup> GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**, p. 105.

<sup>698</sup> PAVARINI, Massimo. Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, p. 269.



Mais forte é o argumento decorrente da necessidade de proibir o acusado da renovação de graves infrações ou, às vezes, de lhe proteger contra a cólera do público ou da vítima. Mas a detenção não é assim admissível a não ser com respeito aos incorrigíveis ou aos indivíduos que apresentam perigo; ela deve ser descartada para os delinquentes de ocasião ou os reincidentes não perigosos.<sup>699</sup>

*Socialmente perigoso* é, segundo PAVARINI, uma tipologia sociológica, entendendo-se *tipo* como “instrumento de classificação, de redução de formas ou conceitos não idênticos a abstrações categoriais fundadas em simples notas analógicas”, sem esquecer que “sua utilidade de fato é circunscrita apenas ao âmbito classificatório”.<sup>700</sup> Ter-se-ia *tipos de autor* tanto *criminológicos* como *normativos*: os primeiros *naturalísticos* e os segundos *jurídicos*, vindo a coincidir exatamente na tipologia da “perigosidade social”:

Se em uma perspectiva histórica examinamos a área do desvio social – campo este comum seja à criminologia seja à ciência penal – às vezes circunscrita e limitada pela tipologia normativa e pela criminológica, devemos concluir que apenas marginalmente e em determinadas hipóteses ocorreu uma perfeita coincidência. (...). O elemento novo para nós, capaz de efetivamente provocar um salto qualitativo na discussão sobre a natureza e a relevância político-criminal das *fattispecie* subjetivas de periculosidade *ante-delictum*, é dado pela nova dimensão sociológica à qual diretamente o legislador faz reclamo, assim como o intérprete e o criminólogo.<sup>701</sup>

Na definição de *quem seria o socialmente perigoso*, é inegável a existência de uma faixa de *discrezionalità* manipulada conforme os rumos dos processos de criminalização em dado contexto e período histórico. O ponto de partida de PAVARINI, neste sentido, é aquela primeira tipificação própria do início do Estado burguês consistente

<sup>699</sup> MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de Droit Criminel**, t. II, p. 450. Trad. Livre. No original: “Plus fort est l’argument tiré de la nécessité d’interdire à l’inculpé le renouvellement d’infractions graves ou, parfois, de le protéger contre la colère du public ou de la victime. Mais la détention n’est alors admissible qu’à l’égard d’incorrigibles ou d’individus dès à présent dangereux; elle doit être écartée pour les délinquants d’occasion ou les récidivistes non dangereux”. Segue o autor ainda defendendo que, nesses casos, a custódia provisória facilitaria “*un esame da personalità do delinquente e permitiria se emprender immediatamente o tratamento médico ou médico-psicológico que se pode impôr*”. Trad. livre. No original: “*un examen de la personnalité du délinquant et permettrait d’entreprendre immédiatement le traitement médical ou médico-psychologique qui peut s’imposer*”.

<sup>700</sup> PAVARINI, Massimo. Il ‘socialmente pericoloso’ nell’attività di prevenzione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 398. Trad. Livre. No original: “strumento de classificazione, di riduzione di forme o concetti non identici ad astrazioni categoriali fondate su semplici note analogiche”; “la sua utilità infatti è circoscritta al solo ambito classificatorio”.

<sup>701</sup> PAVARINI, Massimo. Il ‘socialmente pericoloso’ nell’attività di prevenzione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 400. Trad. Livre. No original: “Se in prospettiva storica esaminiamo l’area di devianza sociale – campo questo comune sia alla criminologia che alla scienza penale – di volta in volta circoscritta e limitata dalla tipologia normativa e da quella criminologica, dobbiamo concludere che solo marginalmente ed in determinate ipotesi si è realizzata una perfetta coincidenza. (...). L’elemento per noi nuovo, capace effettivamente di provocare un salto qualitativo nella discussione sulla natura e sulla rilevanza politica-criminale delle *fattispecie* soggettive di pericolosità *ante-delictum*, è dato dalla nuova dimensione sociologica a cui direttamente il legislatore, così come l’interprete e il criminologo fanno esplicito richiamo”.

na criminalização do “ocioso e vagabundo”<sup>702</sup>, à qual se somaram outras. A premissa que se manteve foi, conforme anteriormente referido, o tratamento da *pobreza* como *culpada pela própria miséria*:

Justificando-se, pois, tais ações administrativas nos confrontos de quem era culpado pela própria miséria, vem a se criar, progressivamente, uma articulada construção ideológica cuja finalidade prática era aquela de negar a origem estritamente classista do problema, para imputá-la, ao invés, a uma falta ou carência de *valores ético-sociais*, que enquanto valores da classe dominante passavam de parâmetros objetivos para um juízo de imoralidade ainda antes que de periculosidade.<sup>703</sup>

De juízos morais se passa à perseguição do *biologicamente perigoso*, própria da criminologia positivista, em atendimento a uma necessidade de naturalização, pelo discurso científico evolucionista, das desigualdades sociais e da inferioridade econômica das condições de vida da classe trabalhadora. O indivíduo seria considerado *perigoso*, portanto, quando fisicamente assemelhado a determinado *tipo criminológico*, sendo este sempre similar à configuração física do proletariado.<sup>704</sup> Trata-se da hipótese de Césare Lombroso, referente ao *criminoso nato* e trabalhada na obra “*L’uomo delinquente*”; conforme o autor anota no prefácio a seu *atlas*:

Procurei ilustrar, o mundo dos criminosos o que os etnógrafos chamam de *pictografia* dos selvagens e sua estética, sua *grafologia*, e seus sinais. Sobretudo quis demonstrar da forma mais evidente possível a existência e os caracteres do *tipo* no criminoso nato e no epilético. (...). Quis acumular todas estas provas de um fato, que é todavia evidente, porque nele está propriamente o núcleo de toda a minha teoria: sem tipo criminoso, de fato, não há criminoso nato: e sem criminoso-nato, não há antropologia criminal<sup>705</sup>

<sup>702</sup> PAVARINI, Massimo. Il ‘socialmente pericoloso’ nell’attività di prevenzione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 403.

<sup>703</sup> PAVARINI, Massimo. Il ‘socialmente pericoloso’ nell’attività di prevenzione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 409. Trad. Livre. No original: “A giustificazione poi di questa azione amministrativa nei confronti di chi era colpevole soltanto della propria miseria, venne progressivamente a crearsi una articolata costruzione ideologica la cui finalità pratica era proprio quella di negare l’origine strettamente classista del problema, per imputarla, invece, ad una mancanza o careza di *valori etico-sociali*, che ed in quanto valori della classe dominante fungevano da parametro oggettivo per un giudizio di immoralità ancor prima che di pericolosità”.

<sup>704</sup> PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**, p. 54.

<sup>705</sup> LOMBROSO, Cesare. **L’uomo delinquente: atlanta**, p. III. Trad. livre. No original: “Vi ho cercato d’illustrare, pel mondo dei criminali, ciò che gli etnografi chiamano la *pictografia* dei selvaggi e la loro estetica, la loro *grafologia*, e i loro *geroglifici*. Soprattutto ho voluto dimostrare colla maggior evidenza possibile la esistenza ed i caratteri del *tipo* nel criminale nato e nell’epilettico. (...). Ho voluto accumulare tutte queste prove di un fatto, che è pur tuttavia così evidente, perchè in esso sta proprio il nucleo di tutta la mia teoria: senza tipo criminale, infatti, non v’ha criminale-nato: nè senza criminale-nato v’è antropologia criminale”. Sobre, v. entre outros: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p. 64: “Partindo do determinismo orgânico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime, Lombroso, valendo-se do método de investigação e análise próprio das Ciências Naturais (investigação e experimentação) procurou [...] individualizar nos criminosos e doentes apenados anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas [...] que

A *crítica* tem seu embrião na obra de Howard Becker e nas teorias da *reação social*, também denominadas da *rotulação*, da *estigmatização*, do *etiquetamento* ou *labelling approach*<sup>706</sup>, segundo a qual “o desvio não é uma simples qualidade, presente em certos tipos de comportamento e ausente em outros, mas na verdade o produto de um processo que implica as reações das outras pessoas a um determinado comportamento”.<sup>707</sup> Nesse sentido, o ato será considerado desviante ou não conforme se dê a *resposta* da coletividade<sup>708</sup>, falando-se, por isto, em *reação social*, que pode ser de tolerância, aprovação ou desaprovação: no último caso, são postos em prática os mecanismos de controle social, no intuito de prevenir e reprimir o desvio.

Desta forma, o processo de criminalização passa por três fases<sup>709</sup>: (I) seleção das condutas a serem consideradas delitivas; (II) seleção dos indivíduos, dentre os que praticaram determinada conduta considerada delitiva, a serem efetivamente criminalizados; e por fim (III) a internalização, por parte do indivíduo criminalizado, do seu papel *desviante*, aceitando a *etiqueta negativa*<sup>710</sup> de criminoso, o que provoca a reincidência e a transformação da própria vida em uma “carreira criminosa”.<sup>711</sup>

---

denunciavam, a seu ver, o tipo antropológico delinquente, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes”.

<sup>706</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 161: “O horizonte de pesquisa dentro do qual o *labelling approach* se situa é, em grande medida, dominado por duas correntes da sociologia americana, estreitamente ligadas entre si. [...]. Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre os indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma ‘construção social’, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos”.

<sup>707</sup> BECKER, Howard S. **Outsiders: saggi di sociologia della devianza**, p. 25. Trad. Livre. No original: “la devianza non è una semplice qualità, presente in certi tipi di comportamento ed assente in altri, ma è piuttosto il prodotto di un processo che implica le reazioni di altre persone ad un determinato comportamento”. Complementa CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p. 11: “A validade destas normas sociais não depende nem de que elas sejam justas, nem de que sejam inteligentes, nem de que sejam racionais. A sua validade depende do fato de que significam um *padrão* de juízo, ou o que é o mesmo, expectativas da media da população”.

<sup>708</sup> BECKER, Howard S. **Outsiders: saggi di sociologia della devianza**, p. 24.

<sup>709</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**, p.103. V., na perspectiva da criminologia crítica, BARATTA sobre uma *dupla seleção*: “em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas”, cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 161.

<sup>710</sup> Explica BECKER, Howard S. **Outsiders: saggi di sociologia della devianza**, p. 37: “Em todo caso, o fato de ser preso e definido como desviante implica consequências importantes para a participação social sucessiva e para a imagem de si de uma pessoa. A consequência mais importante está na mudança drástica na identidade pública do indivíduo. O fato de cometer o ato impróprio e aquele de ser publicamente surpreendido

Reconhecida sua importância na contestação dos pressupostos da criminologia tradicional, as teorias da reação social foram criticadas pela sua *insuficiência* no esclarecimento das *relações de poder* como matrizes do etiquetamento e da rotulação.<sup>712</sup> Ao se negar a criminalidade como um fato natural, mas a considerando tão-somente como “resultado de definições”, poder-se-ia distanciar a análise da realidade estrutural e a complexidade de suas relações sociais, políticas e econômicas.<sup>713</sup> Neste sentido, define-se por *críticas* as teorias que recuperam “a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes”.<sup>714</sup> Neste âmbito, há uma diversidade de correntes e teorias, sustentadas sob diferentes pontos de partida.<sup>715</sup> Trata-se do que ZAFFARONI denominou *conjunto das fontes teóricas da deslegitimação*<sup>716</sup> do sistema penal.

Não obstante a consistência das críticas ser evidente do ponto de vista acadêmico e prático, inclusive porque a utilização de critérios de “perigosidade social” representa sempre um exercício de *predição* e, portanto, impossível de ser fundado em parâmetros objetivos<sup>717</sup>, não são tais pontos de vista que prevalecem na elaboração e execução das políticas criminais. O que se pode dizer é que “as valorações oscilam entre os extremos de

---

o fazendo o coloca em um novo status: revela-o como um tipo de pessoa diferente daquele que se supunha ser. Será, portanto, etiquetado como homossexual, drogado, louco, e conseqüentemente tratado”. Trad. livre. No original: “In ogni caso, il fatto di essere preso e definito come deviante implica conseguenze importanti per la successiva partecipazione sociale e per l’immagine di sé di una persona. La conseguenza più importante sta nel cambiamento drastico nell’identità pubblica dell’individuo. Il fatto di commettere l’atto improprio e quello di essere pubblicamente sorpreso a farlo lo pongono in un nuovo status: si è rivelato come un tipo di persona differente da quella che si supponeva fosse. Sarà quindi etichettato come ‘checca’, ‘drogato’, ‘matto’, e trattato di conseguenza”.

<sup>711</sup> BECKER, Howard S. **Outsiders: saggi di sociologia della devianza**, p. 32 e ss.

<sup>712</sup> Para uma síntese dos principais equívocos das teorias interacionistas, v. PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**, p. 130-137.

<sup>713</sup> BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica?. **Dei delitti e delle Pene**, p. 56: “A afirmação segundo a qual a criminalidade não é um fato natural, mas o resultado de definições, implica que tais situações possam ser consideradas como não tendo nenhuma relação com a ‘realidade’”. Trad. livre. No original: “L’affermazione secondo cui la criminalità non è un fatto naturale bensì il risultato di definizioni, implica che tali situazioni possano considerarsi come non aventi alcuna relazione con la ‘realtà’.”

<sup>714</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p. 217.

<sup>715</sup> Poder-se-ia citar, por exemplo, teorias marxistas, psicanalíticas, abolicionistas, a obra de Michel Foucault, a criminologia feminista, e outras, cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p. 183.

<sup>716</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 45-69.

<sup>717</sup> PAVARINI, Massimo. Il ‘socialmente pericoloso’ nell’attività di prevenzione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 433.

uma grosseira interpretação bio-psicológica da personalidade desviante e uma abordagem sociológica de natureza abertamente classista do fenômeno criminal”.<sup>718</sup>

Neste sentido, PAVARINI diferencia duas tipologias distintas: de um lado, tem-se o “suspeito de genérica conduta anti-social”, sobre o qual incide um juízo negativo sobre sua personalidade, seu modo de vida, ou seja, *seu passado*. De outro, surge o “suspeito de intenções criminosas ou anti-sociais”, sobre o qual “o juízo não incide sobre seu passado (...), mas é exaurido em uma valoração prognóstica fundada apenas em circunstâncias atuais nas quais o sujeito vem a operar”.<sup>719</sup>

Nota-se, na distinção, a passagem de uma *neutralização dos incorrigíveis* ao modelo tecnocrático no qual se legitima a prisão cautelar por *prognósticos*, inclusive sobre *reincidentes* ou *criminosos habituais*, pois regida por uma lógica de *cálculo de riscos* sobre a *potencialidade* perigosa desses determinados grupos sociais. Muda, assim, a concepção popular do *criminoso*:

O estoque de representações do delinquente como um desvantajado, sujeito de necessidades, agora desapareceu. Ao contrário, as imagens evocadas para acompanharem a legislação tendem a ser representações estereotipadas de jovens desordeiros, predadores perigosos e criminosos de carreira incorrigíveis. Acompanhando essas imagens projetadas, e como resposta retórica a elas, o novo discurso policial do crime invoca uma fúria do público, cansado de viver com medo, demandando medidas rígidas de punição e proteção.<sup>720</sup>

Ressalta-se que tal visão, porém, é própria de sociedades pertencentes ao centro do capitalismo global, pois outro é o *socialmente perigoso* na realidade periférica. É o que fica claro em GARLAND, para quem se deixa de pensar no crime como vinculado a *causas* presentes em *defeitos do sujeito*, conforme construído pela criminologia positivista durante quase três séculos, passando-se a nele se falar, pura e simplesmente, como “um problema

<sup>718</sup> PAVARINI, Massimo. Il ‘socialmente pericoloso’ nell’attività di prevenzione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 437. Trad. Livre. No original: “le valutazioni oscillano fra gli estremi di una grossolana interpretazione bio-psicologica della personalità deviante ed un approccio sociologica di natura apertamente classista del fenomeno criminale”.

<sup>719</sup> PAVARINI, Massimo. Il ‘socialmente pericoloso’ nell’attività di prevenzione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, p. 441. Trad. Livre. No original: “il giudizio non verte sul passato, (...), ma si esaurisce in una valutazione prognostica ancorata alla sola circostanza attuale in cui il soggetto viene ad operare”.

<sup>720</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 10. Trad. livre. No original: “The stock welfarist image of the delinquent as a disadvantaged, deserving, subject of need has now all but disappeared. Instead, the images conjured up to accompany new legislation tend to be stereotypical depictions of unruly youth, dangerous predators, and incorrigible career criminals. Accompanying these projected images, and in rhetorical response to them, the new discourse of crime policy consistently invokes an angry public, tired of living in fear, demanding strong measures of punishment and protection”.

de indisciplina, uma falta de autocontrole ou controle social, um problema de indivíduos maus os quais precisam ser detidos e merecem ser punidos”.<sup>721</sup> Identifica o autor, neste sentido, *duas criminologias* aparentemente opostas entre si, mas presentes no discurso “oficial” com a semelhança de se oporem ao discurso correcionalista:

Há uma *criminologia de si*, que caracteriza criminosos como consumidores normais e racionais, assim como nós: e há uma *criminologia do outro*, da ameaça da desgraça, do estranho temível, do excluído e hostil. Uma é invocada para padronizar a criminalidade, dissipar medos desproporcionais e promover ações preventivas. A outra opera para demonizar o criminoso, invocar medos e ressentimentos populares e para promover o suporte da punição estatal.<sup>722</sup>

Esta segunda, através de uma retórica inflamada e construída a partir do sentimento de pânico difundido na população, cria estereótipos monstruosos e demonizados que só poderiam mesmo ser retirados de circulação:

A população sabe, sem precisar que lhe falem, que esses ‘super-predadores’ e criminosos perigosos são minorias de jovens do sexo masculino, apanhados na subclasse do mundo do crime, das drogas, das famílias rompidas e da dependência de políticas sociais. A única resposta prática e racional a eles, assim que cometam crimes, se não antes, é ‘tirá-los de circulação’ para a proteção da população.<sup>723</sup>

Em suma, no lugar das teorias criminológicas *positivistas* centradas no *indivíduo*, que o analisava, quantificava, estudava seus caracteres físicos e psicológicos, passa-se a trabalhar com uma noção de criminoso ainda *ontológica*, porém abstrata, menos individualizada e, conseqüentemente, cada vez mais *estereotipada*.

A questão é como e de que forma tudo isto se relaciona à caracterização do *periculum libertatis*, fundamento das hipóteses de prisão cautelar. Em outras palavras, poder-se-ia dizer que prender porque se visualiza um perigo na liberdade do acusado,

<sup>721</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 102. Trad. livre. No original: “a problem of indiscipline, a lack of self-control or social control, a matter of wicked individuals who needed to be deterred and who deserved to be punished”.

<sup>722</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 137: Trad. livre. No original: “There is a *criminology of the self*, that characterizes offenders as normal, rational consumers, just like us: and there is a *criminology of the other*, of the threatening outcast, the fearsome stranger, the excluded and the embittered. One is invoked to routinize crime, to allay disproportionate fears and to promote preventative action. The other functions to demonize the criminal, to act out popular fears and resentments, and to promote support for state punishment”. V. também CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, p. 149-150.

<sup>723</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 136. Trad. livre. No original: “The public knows, without having to be told, that these ‘superpredators’ and high-rate offenders are young minority males, caught up in the underclass world of crime, drugs, broken families, and welfare dependency. The only practical and rational response to such types, as soon as they offend if not before, is to have them ‘taken out of circulation’ for the protection of the public”.

mesmo se teoricamente fundado em perigos à instrução, implicar conteúdos eminentemente ligados a um ou outro discurso criminológico. Sobre o assunto, afirma ZAFFARONI:

Essa periculosidade, própria do sistema penal cautelar, não se enquadra na velha classificação positivista, posto que não é *pré-delitual* (porque suspeita-se da comissão de um delito) nem *pós-delitual* (porque a periculosidade não pode ser avaliada até que o delito tenha sido comprovado), configurando-se antes como uma terceira categoria alheia às duas tradicionais do positivismo, que é a *periculosidade da suspeita*.<sup>724</sup>

Não obstante se tratar de questão especialmente agravada na realidade periférica, não há contraposição do pensamento de GARLAND com ZAFFARONI e PAVARINI; em contrário, trata-se de análises que se complementam. O que permanece é a identificação de tais estereótipos e dos critérios de “predição de perigosidade” para com os sujeitos e grupos socialmente prejudicados e marginalizados por razões sociais, raciais, culturais e econômicas:

Paradoxalmente eles alcançam níveis satisfatórios de predição em abstrato aproximando a definição de periculosidade àquelas da problemática social. Significa dizer que todos aqueles que pertencem a grupos sociais em desvantagem são – precisamente em forma potencial – perigosos. Logo: para se obter efeitos apreciáveis se deve neutralizar toda a marginalidade social.<sup>725</sup>

É lógico que, assim, também se alterem os critérios de medição do *sucesso* do sistema, pois “as autoridades prisionais focam cada vez mais em sua habilidade de manter criminosos seguros em custódia (‘incapacitá-los’ e puni-los, portanto), estando muito mais prudentes ao alegarem a capacidade de produzirem efeitos de reabilitação”.<sup>726</sup> A própria noção de *reincidência* é re-conceituada como parâmetro de sucesso, e não mais de fracasso do sistema:

os parâmetros que evidenciavam o fracasso são interpretados, agora, como indicadores úteis da eficiência do sistema penal em seu conjunto. Os índices de reincidência mostram, por um lado, que o sistema penal selecionou corretamente desde o início sua própria clientela e, por outro, que sobre a

<sup>724</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, p. 110.

<sup>725</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 130. Trad. livre. No original: “Paradójicamente ellos alcanzan niveles satisfactorios de predicción en abstracto aproximando la definición de la peligrosidad a aquella de la problematicidad social. Es decir que todos aquellos que pertenecen a grupos sociales desaventajados son – precisamente en forma potencial – peligrosos. Ergo: para obtener efectos apreciables se debería neutralizar toda la marginalidad social”.

<sup>726</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 119. Trad. livre. No original: “the prison authorities focus more and more upon their ability to hold offenders securely in custody (and thus ‘incapacitate’ and punish them) and are much more circumspect in claiming the capacity to produce rehabilitative effects”.

base de análise da exposição à recaída no delito por grupos sociais, é possível definir preditivamente as categorias em risco e, de consequência, diversificar a resposta punitiva.<sup>727</sup>

No mesmo sentido, poder-se-ia dizer que “dessa maneira, não seriam presos provisoriamente senão os *verdadeiros criminosos*, aqueles contra quem existem provas suficientes para se presumir de maneira correta o resultado final do caso. Com a explicitação de suas finalidades de *controle social* a partir de escopos como “manutenção da ordem pública”, passa-se a transparecer mais nitidamente – em âmbito normativo – que a prisão cautelar cumpre *funções reais* e não declaradas:

Proteger a população é uma preocupação perene da política criminal, e o sistema correcionalista definitivamente não era alheio a isso. Foram, afinal, os reformadores do *penal-welfare* que inventaram a detenção preventiva e a pena indeterminada, e o sistema que operou na maior parte do século vinte reservou a si poderes especiais para prender os ‘incurrigíveis’ e criminosos perigosos por períodos indeterminados. Mas em uma era onde os índices de criminalidade eram baixos e o medo do crime não era ainda um motivo político, proteger a população era raramente a motivação na elaboração das políticas. Hoje, há uma nova e urgente ênfase sobre a necessidade de segurança, a contenção do perigo, a identificação e o controle de qualquer tipo de risco. Proteger a população se tornou o tema dominante da política criminal.<sup>728</sup>

A passagem da função de *neutralização dos incorrigíveis* à de *medida de polícia* contra os potencialmente perigosos, na qual a prisão cautelar ocupa papel absolutamente central, é a nota principal “da *tendência à administrativização do processo penal e sobretudo de sua degeneração em dispositivo diretamente punitivo*”.<sup>729</sup> Seja declarada *punitiva* ou *processual*, eis o seu real escopo, objetivamente exercido.

<sup>727</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 81-82. Trad. livre. No original: “los parámetros que evidenciaban el fracaso son interpretados, en cambio, como indicadores útiles de la eficiencia del sistema penal en su conjunto. Los índices de reincidencia muestran, por un lado, que el sistema penal ha seleccionado correctamente desde el inicio su propia clientela y, por el otro, que sobre la base de análisis de la exposición a la recaída en el delito por grupos sociales, es posible definir predictivamente las categorías en riesgo y, en consecuencia, diversificar la respuesta punitiva”. Sobre o tema, v. também: HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 109-110.

<sup>728</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 12. Trad. livre. No original: “Protecting the public is a perennial concern of crime policy, and the correctionalist system was by no means casual about this. It was, after all, the penal-welfare reformers who invented preventive detention and the indeterminate sentence, and the system that operated for most of the twentieth century reserved to itself special powers to incarcerate ‘incurrigible’ and dangerous offenders for indeterminate periods. But in an age when crime rates were low and fear of crime was not yet a political motif, protecting the public was rarely the motivating theme of policy-making. Today, there is a new and urgent emphasis upon the need for security, the containment of danger, the identification and management of any kind of risk. Protecting the public has become the dominant theme of penal policy”.

<sup>729</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**, p. 803. Trad. Livre. No original: “della *tendenziale amministrativizzazione del processo penale e soprattutto della sua degenerazione in congegno direttamente punitivo*”. Vale v., sobre o tema: CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal** (Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e António José Avelãs Nunes). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 473-487.



### § 3º - Do lugar da periferia

O encarceramento ainda é a estratégia central de um sistema que exerce hoje, mais do que nunca, a função de garantia da operacionalização de uma estrutura política e econômica fundada na exploração da maioria dos seres humanos:

Por que a prisão deixou de ser uma instituição desacreditada destinada à abolição, para se tornar um pilar em expansão e aparentemente indispensável da vida social na modernidade tardia? Não porque era a peça central de qualquer programa penal que alegasse a necessidade de encarceramento em massa. Não havia tal programa. Encarceramento emergiu em sua forma reinventada porque ele serve a uma nova e necessária função nas sociedades neoliberais: a necessidade de um significado ‘civilizado’ e ‘constitucional’ para a segregação dos problemas da população criados pelas atuais políticas econômicas e sociais. A prisão reside precisamente no ponto de junção entre duas das mais importantes dinâmicas de nosso tempo: risco e retribuição. Com a lógica absoluta da sanção penal se pune e se protege, condena-se, controla-se. O encarceramento simultaneamente serve como uma satisfação expressiva de sentimentos retributivos e um mecanismo instrumental de controle do risco e confinamento do perigo.<sup>730</sup>

Também a prisão cautelar é aplicada, neste modelo, tendo objetivo de *incapacitação*, mas *sob modalidade qualificada pelo imediatismo*. Basta se notar que a vinculação é tomada como *premissa* por quem trata do tema<sup>731</sup>: quando HAWKINS e ZIMRING, com os olhos voltados às sociedades do centro do capitalismo, argumentam no sentido de que a Academia não deu atenção à finalidade de neutralização enquanto tema relevante antes da década de 70, fazendo-o através de tabelas e análise estatística da

<sup>730</sup> GARLAND, David. **The Culture of Control**, p. 199. Trad. livre. No original: “Why has the prison moved from being a discredited institution destined for abolition, to become an expanded and seemingly indispensable pillar of late modern social life? Not because it was the centrepiece of any penal programme that argued the need for mass imprisonment. There was no such programme. Imprisonment has emerged in its revived, reinvented form because it is able to serve a newly necessary function in the workings of late modern, neo-liberal societies: the need for a ‘civilized’ and ‘constitucional’ means of segregating the problem populations created by today’s economic and social arrangements. The prison is located precisely at the junction point of two of the most important social and penal dynamics of our time: risk and retribution. With the absolutist logic of a penal sanction, it punishes and protects, condemns and controls. Imprisonment simultaneously serves as an expressive satisfaction of retributive sentiments and an instrumental mechanism for the management of risk and the confinements of danger”.

<sup>731</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 6: “A função das prisões ou *jails* era meramente reter criminosos até a *punição*, ora na forma da morte, banimento, remoção, perda da propriedade, ou uma variedade de penas corporais, poderiam ser impostas ou infligidas. (...). De fato, a queda em favor de uma particular justificação da prisão pressiona muitos atores no sistema a procurarem racionalidades alternativas aceitáveis. O declínio do ideal da reabilitação enquanto paradigma justificador da prisão criou o vácuo que a incapacitação tão rapidamente preencheu”. Trad. livre. No original: “The function of prisons or jails was merely to hold offenders until *punishment*, in the form of either death, banishment, transportation, the forfeiture of property, or a variety of corporal penalties, could be enforced or inflicted. (...). Indeed, the fall from favor of a particular justification of imprisonment puts pressure on many actors in the system to find alternative acceptable rationales. The decline of the rehabilitative ideal as a paradigm justifying imprisonment created the vacuum that incapacitation has so quickly filled.”

freqüência com que determinados termos são mencionados pelos principais livros e periódicos, os três termos selecionados como *critérios* são exatamente “reabilitação/reincidência”, “intimidação / intimidação geral” e, por fim, “incapacitação / prisão preventiva”.<sup>732</sup>

Não obstante a influência exercida pelas políticas de segurança pública, especialmente de matriz norte-americana, na configuração das *políticas penais* dos países “periféricos”, é preciso ressaltar que nestes há uma história e uma realidade próprias a demandarem uma leitura também diferenciada. Os *modelos explicativos* produzidos a partir das sociedades pertencentes ao *centro* do capitalismo não servem, por certo, às sociedades ditas subdesenvolvidas.

A necessidade de um olhar próprio não diz respeito apenas ao discurso criminológico, mas à própria compreensão de si mesma destas regiões, aqui se destacando o Brasil e a América Latina, a *região das veias abertas*.<sup>733</sup>

Segundo DUSSEL, pode-se apontar a descoberta do continente americano, em 1492, como um *marco inicial* da *modernidade*, servindo não só para explicar a recuperação da Europa enquanto *centro* do mundo<sup>734</sup>, através das “grandes navegações”, mas também para se compreender a constituição de uma nova subjetividade, construída a partir do domínio, conquista e controle de um *outro* de origem e racionalidades absolutamente diversos.

---

<sup>732</sup> HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation**, p. 12-14. No mesmo sentido, *Idem*, p. 158: “Em primeiro lugar, o confinamento seguro é quase que o único método de lograr restrição total da liberdade de movimento de um indivíduo. (...). De qualquer forma, quando a incapacitação é vista como o mais importante propósito da punição criminal, o compromisso com as prisões e *jails* deve necessariamente se tornar a técnica central de punição”. Trad. livre. No original: “First, secure confinement is almost the only method of achieving total restriction of an individual’s freedom of movement. (...). However, when incapacitation is seen as the most important purpose of criminal punishment, commitment to prisons and jails must necessarily become the central technique of punishment”.

<sup>733</sup> GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**, p.14: “Desde o descobrimento até nossos dias, tudo se transformou em capital europeu, ou, mais tarde, norte-americano, e como tal tem se acumulado e se acumula até hoje nos distantes centros de poder. (...). Nossa derrota esteve sempre implícita na vitória alheia, nossa riqueza gerou sempre a nossa pobreza para alimentar a prosperidade dos outros: os impérios e seus agentes nativos. Na alquimia colonial e neocolonial, o ouro se transforma em sucata e os alimentos se convertem em veneno.” V. também DUSSEL, Enrique. **1492 – O Encobrimento do Outro**, p. 50: “A América Latina foi a *primeira colônia* da Europa moderna – sem metáforas, já que historicamente foi a primeira ‘periferia’ antes da África ou Ásia. A colonização da vida cotidiana do índio, do escravo africano pouco depois, foi o primeiro processo ‘europeu’ de ‘modernização’, de civilização, de ‘subsumir’ (ou alienar) o Outro como ‘si-mesmo’”.

<sup>734</sup> DUSSEL, Enrique. **1492 – O Encobrimento do Outro**, p. 8: “A modernidade originou-se nas cidades européias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas ‘nasceu’ quando a Europa pôde se confrontar com o seu ‘Outro’ e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo”.

Ao invés de reconhecer a alteridade na diferença, o descobridor europeu *projetou a si mesmo* sobre sua “descoberta”, tomada enquanto *objeto* de investigação, colonização e exploração.<sup>735</sup> Por isto indica DUSSEL um conteúdo *negativo*<sup>736</sup> no advento da modernidade européia, ao lado daquele tradicionalmente conhecido como a “emancipação racional” do teocentrismo e a crença na Razão e no conhecimento científico. Tal conteúdo negativo decorreria da concepção kantiana referente ao Iluminismo como “*a saída por si mesma da humanidade de um estado de imaturidade culpável*”<sup>737</sup>, sustentando-se a inferioridade dos povos não-europeus que não aderissem ao modo de vida “civilizado”, permanecendo na barbárie. Era uma exigência moral, para a civilização moderna e cristã, a “retirada” daqueles povos de tal estado de imaturidade, *justificando-se* assim o exercício da violência em prol de objetivos superiores como o desenvolvimento e a salvação espiritual.

A culpa por toda a violência dos processos de colonização residiria, desde logo, nas próprias vítimas, porque teriam se oposto à saída do tal estado de imaturidade e, assim, restaria *justificada a práxis irracional de violência* que marcou o continente latino-americano desde sua descoberta.

Manter-se ciente da necessidade de uma filosofia e um ponto-de-vista próprios não significa absolutamente a rejeição de qualquer teoria apenas porque advinda do continente europeu; mas implica que se visualize como são diversas as conseqüências de fenômenos atuais como o *neoliberalismo* e a regência do *princípio da eficiência* nos países do chamado “Terceiro Mundo”, a começar pela radicalização da minimização do Estado:

Acusado pela hipertrofia das relações que o sustentam (como se fosse uma pessoa passível de culpa e não um ente), tornou-se um execrável monstro a ser combatido de todas as formas, tal e qual um inimigo e, em alguns casos, o pior dos inimigos. (...). Assim, os neoliberais projetaram – e estão alcançando – um Estado mínimo, com o qual se convive mal.<sup>738</sup>

A questão é que aqui se tem, vinculada à histórica dependência político-econômica, uma *originária situação de injustiça social*, sendo este o ponto de partida; diferente

<sup>735</sup> DUSSEL, Enrique. 1492 – O Encobrimento do Outro, p. 36: “os habitantes das novas terras descobertas não aparecem como Outros, mas como o Si-mesmo a ser conquistado, colonizado, modernizado, civilizado, como ‘matéria’ do ego moderno.”

<sup>736</sup> DUSSEL, Enrique. 1492 – O Encobrimento do Outro, p. 185-188.

<sup>737</sup> DUSSEL, Enrique. 1492 – O Encobrimento do Outro, p.17.

<sup>738</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). Estudos Constitucionais, p. 138.

daquele que se tem partindo das formas de organização social típicas dos países mais desenvolvidos.

Os processos de *exclusão social* são, neste sentido, nitidamente vinculados a uma *violência* que é *estrutural*, entendida como a “repressão das necessidades reais e portanto dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social. [...] é a forma geral da violência em cujo contexto costuma originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência”.<sup>739</sup>

Falar em *violência* nas sociedades periféricas é falar, antes de tudo, no não-atendimento às *necessidades reais* da maioria da população, compreendidas estas como “as potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-social”<sup>740</sup>; o que significa existir uma violência estrutural antecedendo todas as demais formas de violência.

A noção de *pobreza*, desta forma, remeterá à repressão das necessidades reais do indivíduo.<sup>741</sup> Segundo SANTOS, já houve, nos países subdesenvolvidos, três tipos de pobreza<sup>742</sup>: a) a pobreza *incluída*, enquanto uma pobreza acidental, “produzida em certos momentos do ano, uma pobreza intersticial e, sobretudo, sem vasos comunicantes”; b) a *marginalidade*, “produzida pelo processo econômico da divisão do trabalho, internacional ou interna”; e c) a *pobreza estrutural*, não mais local ou mesmo nacional, mas globalizada. Trata-se, para o autor, de uma *pobreza estrutural globalizada* resultante de um tipo de ação *deliberada*:

Examinado o processo pelo qual o desemprego é gerado e a remuneração do emprego se torna cada vez pior, ao mesmo tempo em que o poder público se retira das tarefas de proteção social, é lícito considerar que a atual divisão ‘administrativa’ do trabalho e a ausência deliberada do Estado de sua missão social de regulação estejam contribuindo para uma produção científica, globalizada e voluntária da pobreza.<sup>743</sup>

<sup>739</sup> BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, p. 47.

<sup>740</sup> BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, p. 46.

<sup>741</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, p. 322: por exemplo, conceitua *pobreza* como a “impossibilidade de produção, reprodução ou desenvolvimento da vida humana; é a falta de cumprimento das necessidades”.

<sup>742</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 69-74

<sup>743</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 72.

Complementa, ainda, que se trata da *exclusão*, e não apenas *marginalização*, dos pobres, acompanhando um discurso que pretende transformar a produção maciça da miséria em um *fenômeno banal*.<sup>744</sup> Assim se gera outras modalidades de violência<sup>745</sup>; discorrendo CIRINO DOS SANTOS, neste sentido, acerca das variadas formas de manifestação de violência nas relações internacionais (traduzidas nas relações de dependência entre áreas desenvolvidas e periféricas), na América Latina e no Brasil, diferenciando violência *estrutural* como aquela decorrente das relações capitalistas de produção e violência *institucional* como a violência do aparelho de Estado, produzida por seus mecanismos formais e informais de *controle social*.<sup>746</sup>

O sistema penal atua sobre os extratos mais frágeis e vulneráveis da sociedade mediante processos de criminalização, *selecionando* comportamentos individuais como objeto de punição e *ignorando* a violência primária, estrutural e institucional, como anterior às modalidades de violência individual.<sup>747</sup>

Considerando tudo isto, é preciso ressaltar, primeiramente, que a *incapacitação* adquire na realidade periférica significado próprio, já que nunca houve tentativas concretas de *ressocialização* não obstante ter sido este o discurso oficial na dimensão *normativa*<sup>748</sup>; e

<sup>744</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 73: “Uma das grandes diferenças do ponto de vista ético é que a pobreza de agora surge, impõe-se e explica-se como algo natural e inevitável. Mas é uma pobreza produzida politicamente pelas empresas e instituições globais. [...]. E isso se dá com a participação passiva ou ativa dos governos nacionais”.

<sup>745</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 55: “dentre as violências de que se fala, a maior parte é sobretudo formada de violências funcionais derivadas, enquanto a atenção é menos voltada para o que preferimos chamar de violência estrutural, que está na base da produção das outras e constitui a violência central original”.

<sup>746</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime**, p. 96-98: “A violência institucional, portanto, é a forma superestrutural da violência do bloco de classes dominantes, organizado em Estado (organização do poder político) que controla (disciplina coativa) as relações sociais conforme suas necessidades e interesses de classes dominantes, o que significa que a violência institucional está indissoluvelmente ligada às relações de classe (ou bloco de classes), nos processos sociais de produção material, em que se articulam as relações sociais de produção, no tecido estrutural da sociedade.” Não se está a dizer que “pobreza e a miséria seriam a causa da criminalidade”, como se existissem entre os fenômenos uma relação de *causalidade*. Tal visão seria *relegitimante* (ao invés de deslegitimante) do sistema penal, pois não só assumiria uma concepção ontológica do delito e da criminalidade como suporia que em uma hipotética sociedade sem pobreza os delitos decorreriam do livre arbítrio do autor; cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, p. 51.

<sup>747</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p. 198-199.

<sup>748</sup> É o que se vê da Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal brasileira), construída sob os parâmetros do paradigma ressocializante, porém em absoluto descompasso com a *práxis* e inclusive com a Constituição de 1988, segundo: CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**, p. 193: “A reforma brasileira de 1984, como esperado, seguiu os rumos proclamados pelo movimento eurocêntrico, encontrando na pedagogia ressocializadora e na concepção meritocrática os signos da recente construção legislativa”; e também: *Idem*, p. 286: “Por advogarmos estar o princípio da secularização afirmado

em segundo lugar, que a caracterização do *socialmente perigoso*, ou seja, *daquele a ser incapacitado*, não é a mesma presente nos países centrais.

Neste sentido, adverte COUTINHO:

Não se pode esquecer, deste modo, que em países periféricos nunca se tentou – salvo as raras exceções de sempre, vinculadas a abnegados – uma efetiva prática de ressocialização, sob os mais variados argumentos (ou desculpas), em geral ligados à falta de condições materiais. Assim, tem-se uma situação interessante, a qual merece reflexão: fala-se (leia-se: repete-se de forma descontextualizada) em ‘falência do sistema de reintegração social do preso’, mas ele, o dito ‘sistema’, em realidade, nunca existiu.<sup>749</sup>

No mesmo sentido, “não se pode falar, malgrado a analogia, em uma empresa falida que sequer foi aberta. Ao revés, em havendo disponibilidade de dinheiro para aplicação nos campos sociais, a prisão é a última da lista de prioridades”.<sup>750</sup> O ideal de inclusão foi materializado até certo ponto nos países centrais sendo, porém, mero “*simulacro*” nos países periféricos, o que “obstaculizou políticas incisivas contra as exorbitantes taxas de desemprego e de exclusão social”.<sup>751</sup>

A constatação, no âmbito dos sistemas penais, não significa que *ainda há de se tentar, aqui, a ressocialização*, mas do que, na esteira de sua *teoria agnóstica da pena*, aponta ZAFFARONI:

É necessário insistir que não há teoria da pena que possa legitimar o poder punitivo, como hoje se exercita. Talvez isto, da perspectiva européia, não seja visto tão claramente como da nossa, porque a violência deste poder na América Latina é inacreditável e o discurso de justificação do poder punitivo latino-americano não é outro que a ‘guerra suja’, ou seja, o mesmo discurso de justificação do genocídio pela ‘segurança nacional’, que se transmuda em ‘segurança cidadã’ quando o poder de que se trata não é mais aquele militar, mas da segurança pública ou da administração pública.<sup>752</sup>

---

positivamente na Constituição pátria, entendemos que o fundamento ressocializador da pena, base estrutural e estruturante da Lei de Execução Penal, não foi recepcionada pela carta de 1988”.

<sup>749</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). **Estudos Constitucionais**, p. 140.

<sup>750</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. PENA (verbetes). **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 628.

<sup>751</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, p. 94.

<sup>752</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 386. Trad. livre. No original: “È necessario ribadire che non c’è teoria della pena che possa legittimare il potere punitivo, come oggi lo si esercita. Forse questo, dalla prospettiva europea non è visto così chiaramente come dalla nostra, perché la violenza di questo potere nell’America Latina è incredibile e il discorso di giustificazione del potere punitivo latino-americano non è altro che la ‘guerra sporca’, ossia lo stesso discorso di giustificazione del genocidio per la ‘sicurezza nazionale’, che si tramuta in ‘sicurezza cittadina’ allorché il potere di cui si tratta non è più quello militare ma quello della pubblica sicurezza o della pubblica amministrazione”.

A prisão, porém, é uma *realidade dramática* que pertence a uma *práxis* perante a qual é preciso assumir uma postura de enfrentamento. Seja qual for a teoria segundo a qual se compreenda a questão, há que se atentar para a situação especialmente precária do cárcere na realidade periférica, efetivamente, de *depósito humano*. É preciso atentar, assim, para as críticas de CIRINO DOS SANTOS, segundo a qual “a pura e simples *negação* das funções *declaradas* ou *manifestas* e a atitude *agnóstica* em face das funções *reais* ou *latentes* da pena criminal (...) parecem cancelar as dimensões de *realidade* e de *ilusão* das formas ideológicas de controle social”<sup>753</sup>; e de COUTINHO, segundo quem uma visão como esta, nos países periféricos, pode tender “a liberar – como de fato libera – a todos, mas principalmente os operadores da execução penal, do fardo de conferir ao preso as condições mínimas exigidas pela Constituição da República, a começar pela dignidade da pessoa humana”.<sup>754</sup>

Também a caracterização do que se entende por *socialmente perigoso* deve ser adequadamente contextualizada. Em primeiro lugar, é preciso atentar para a histórica ausência de uma perspectiva criminológica própria:

Na América Latina, o silêncio histórico é a norma, respondendo ao característico mimetismo de suas classes dominantes. A imitação necessita da amnésia. (...). Os próprios especialistas desconhecem esse passado porque predomina a difusão da história do pensamento criminológico dos países hegemônicos.<sup>755</sup>

A recepção das teorias de matriz positivista se dá, assim, sob os parâmetros da dependência e do subdesenvolvimento<sup>756</sup>, assimilando-se as ideologias de forma distorcida e deformada “para se fazer racional dentro do contexto latino-americano”.<sup>757</sup> Contexto este, por sua vez, no qual a perspectiva positivista etiológica e evolucionista se revela adequada não exatamente porque tida como cientificamente correta, mas porque respondia às necessidades de controle próprias, primeiramente, (1) de um período de transição do escravismo ao mercado de mão-de-obra livre; décadas depois, (2) de um controle social

<sup>753</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, p. 476.

<sup>754</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). **Estudos Constitucionais**, p. 140.

<sup>755</sup> OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**, p. 18.

<sup>756</sup> OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**, p. 160: segundo a autora, sempre se acolhendo as proposições dos congressos de criminologia realizados na Europa.

<sup>757</sup> OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**, p. 161.

militarizado e, hodiernamente, (3) de uma sociedade formalmente democrática, porém pautada na exclusão, sob os parâmetros do referido *principio da eficiência*.

Segundo BERGALLI, a constituição das classes burguesas na região “tem origem no crescente desenvolvimento dos negócios de exportação e importação, de especulação e de crescimento do aparato do estado”<sup>758</sup>, assim como a composição da população se vincula a um grande fluxo imigratório entre o continente europeu e suas colônias.<sup>759</sup>

Mais que mera *imitação*, a recepção da criminologia positivista na América Latina viria, assim, a se relacionar diretamente à gradual passagem do escravismo ao capitalismo dependente<sup>760</sup>, produzindo-se uma “ciência penal”, entre outras peculiaridades, especialmente vinculada à questão racial. Não só isto: atendia-se aos anseios pela manutenção da ordem, sendo “muito útil estender a idéia positivista do criminoso como sujeito anormal a quem encabeçavam as greves, posto que a perturbação da ordem e o ataque à sociedade se equiparavam à criminalidade comum”.<sup>761</sup>

Observa SCHWARCZ que 47% dos ensaios da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife do início do século XX tratavam de direito ou antropologia criminal, observando que “desviava-se a lente do crime em si, para se concentrarem os esforços na análise na figura do criminoso”, a partir principalmente da criminologia positivista italiana:

<sup>758</sup> BERGALLI, Roberto. Epílogo y reflexiones (de un argentino) sobre el control social en America Latina. In: PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**, p. 201. Trad. livre. No original: “tiene origen en el creciente desarrollo de los negocios de exportación e importación, de la banca, de especulación y de crecimiento del aparato del estado”.

<sup>759</sup> BERGALLI, Roberto. Epílogo y reflexiones (de un argentino) sobre el control social en America Latina. In: PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**, p. 202.

<sup>760</sup> ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e Juristas**, p. 54: “A substituição da mão-de-obra escrava pela mão-de-obra assalariada e a conseqüente formação de um mercado de trabalho livre no Brasil foi um processo histórico complexo, que atravessa a segunda metade do século XIX. (...). Mas essas transformações não se restringiram ao campo econômico, ao implicar também em significativas mudanças sociais e culturais. (...) o medo das sublevações escravas está presente no imaginário das elites ao longo do século XIX, sendo uma das preocupações determinantes que levaram à elaboração das diferentes estratégias que visavam alcançar algum tipo de solução para o problema social que o negro representava na transição para a nova sociedade”.

<sup>761</sup> BERGALLI, Roberto. Epílogo y reflexiones (de un argentino) sobre el control social en America Latina. In: PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**, p. 209-210. Trad. livre. No original: “muy útil extender la idea positivista del criminal como sujeto anormal a quienes encabezaban las huelgas, puesto que la perturbación del orden y el ataque a la sociedad se equiparaban a la criminalidad común”. V. também: ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e Juristas**, p. 76: fala nas “urgências históricas que se colocavam para certos setores da elite jurídica nacional”.



Tratava-se de trazer critérios científicos para a prática do direito, tendo como porta de entrada a cadeira de direito criminal e a ajuda de disciplinas como a geologia, a biologia e a antropologia. (...). Contrária à teoria do livre-arbítrio, a escola criminal positiva acreditava que o universo regido por leis mecânicas, causais e evolutivas não dava margens à liberdade do indivíduo. (...). Para alguns teóricos, o tipo físico do criminoso era tão previsível que seria possível delimitá-lo de forma objetiva.<sup>762</sup>

Na América Latina, segundo OLMO, a ligação das teorias criminológicas com a medicina legal foi ainda mais intensa que na Europa.<sup>763</sup> Nota-se, neste sentido, que apesar de a teoria do *criminoso nato* sofrer duras críticas no meio científico europeu, ela guardou enorme credibilidade, durante o mesmo período, no Brasil<sup>764</sup>, produzindo-se um saber teórico fundado em necessidades *políticas* muitas vezes especialmente relacionadas à legitimação da exclusão étnica:

As matrizes ideológicas centrais foram também recebidas em nossa margem: os restos do poder colonial espanhol e português combinaram seu discurso teocrático com o biologismo racista pessimista (...). Todos eles negavam às populações latino-americanas qualquer papel protagonista: alguns porque as consideravam biologicamente inferiores, de forma irremediável, e outros porque os consideravam inferiores devido à sua insuficiente educação para a democracia.<sup>765</sup>

Há um grande esforço, no período, por parte dos “homens da ciência”, em demonstrar a inferioridade do mulato e do mestiço<sup>766</sup>; vide, por todos, a obra do médico Nina Rodrigues<sup>767</sup>, publicada em 1894, aplicando as categorias da antropologia criminal ao contexto brasileiro e pressupondo uma natural desigualdade entre grupos étnicos. Desta forma:

Os índios e os negros seriam, para as “minorias ilustradas”, nossos primeiros delinquentes. Os índios cometeriam delitos devido ao seu atraso e ignorância, segundo os “especialistas” da época, em razão de características congênicas que os impediam de se superar, e não à exploração de que haviam sido objeto durante séculos. (...). O mesmo ocorria com os negros, que além disso foram objeto de atenção especial – de parte sobretudo dos médicos legistas – por praticarem suas religiões trazidas da África, consideradas sintomas de patologia e expressão de bruxaria fomentadora da delinquência.<sup>768</sup>

<sup>762</sup> SCHWARCZ, Lilia Maria. **O Espetáculo das Raças**, p. 166.

<sup>763</sup> OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**, p. 294.

<sup>764</sup> ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e Juristas**, p. 49.

<sup>765</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Criminologia**, p. 134. Trad. Livre. No original: “Los matices ideológicos centrales también fueron recibidos en nuestro margen: los restos del poder colonial español y portugués matizaron su discurso teocrático con el biologismo racista pesimista, (...). Todos ellos negaban a las poblaciones latinoamericanas cualquier papel protagónico: unos porque las consideraban como biológicamente inferiores en forma irremediable, y otros porque los estimaban como inferiores por su insuficiente educación para la democracia”.

<sup>766</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Criminologia**, p. 163.

<sup>767</sup> Vide RODRIGUES, Raimundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894; e disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9989>.

<sup>768</sup> OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**, p. 175.

Este é, enfim, um contexto que não pode ser desprezado na investigação acerca da tipologia do *socialmente perigoso* na realidade periférica e especialmente na América Latina, identificada com a *barbárie* contraposta à *civilização*:

A negação do convívio amistoso, a ruptura com as regras e os limites impostos pela civilização, caracterizam os atos daquele que, por atavismo ético ou estético, não ultrapassou a infância da humanidade e, em consequência, não atingiu a segunda natureza, a natureza domada pelas disciplinas da cultura. (...). Note-se que justamente por este motivo as teses spenceriana e darwiniana da evolução das espécies fornecerão importante chave de leitura para elaboração da dicotomia fundamental na criminologia clássica (criminoso bárbaro *versus* cidadão civilizado).<sup>769</sup>

Pode-se dizer, enfim, que “as idéias evolucionistas e raciais, tão em moda nessa época, eram a principal sustentação da antropologia criminal”.<sup>770</sup> Quando se constatou, porém, a falibilidade de tais concepções, vendo-se que “o branco também” poderia cometer crimes, “o problema deixaria de ser o elemento racial para se converter na *periculosidade* do indivíduo”.<sup>771</sup>

No Brasil, em 1920, já escrevia ALMEIDA JR neste sentido, definindo as bases *experimentais* sobre as quais se fundariam seus *critérios para a prisão cautelar*, incluindo, entre eles, o *pertencimento a uma classe perigosa*, como “malfeitores habituaes, ociosos, ébrios, vagabundos, etc”.<sup>772</sup>

É sobre estes que sempre se quis atuar, portanto, sob a base dos conceitos de *periculosidade* e de *segurança*, já trazendo explicitamente a finalidade de *incapacitação*:

De qualquer maneira, aos criminalizados ‘presentes’, quando se apresentavam como ‘incorrigíveis’, era necessário lhes eliminar ou segregar para sempre, respondendo, em uma ideologia, à necessidade de evitar a difusão da decadência genética, enquanto em outra, à necessidade de não arcar com os inúteis e de neutralizar sua ‘perigosidade’ (...).<sup>773</sup>

Com os regimes militares em diversos países da América Latina no curso do século XX<sup>774</sup>, fica ainda mais claro o caráter essencialmente belicista das estratégias de controle

<sup>769</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, p. 183-184.

<sup>770</sup> OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**, p. 173;

<sup>771</sup> OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**, p. 179. Sobre este tema v. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Criminologia: aproximación desde un margen**, p. 177 e ss.

<sup>772</sup> ALMEIDA JR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, p. 379.

<sup>773</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Criminologia: aproximación desde un margen**, p. 201. Trad. livre. No original: “De cualquier manera, a los criminalizados ‘presentes’, cuando se presentaban como ‘incorregibles’, era necesario eliminarlos o segregarlos para siempre, respondiendo esto, en una ideología, a la necesidad de evitar la difusión de la decadencia genética, mientras que en la otra, a la necesidad de no cargar con los inútiles y de neutralizar su ‘peligrosidad’ (...).”.

<sup>774</sup> BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico-penale di lingua ispanica. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 196; BERGALLI, Roberto. Epílogo y reflexiones (de un

social na região. A análise dos sistemas penais latino-americanos, em seus respectivos contextos políticos, leva a se constatar sua importância para a *consolidação da injustiça social*. Atualmente, sob o manto da democracia representativa e da referida ideologia de mercado, a *marca do imediatismo*<sup>775</sup> *faz da prisão cautelar a resposta punitiva atualmente mais importante destes sistemas*, levando ZAFFARONI a afirmar:

A característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente  $\frac{3}{4}$  - dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são *processados não condenados*. Do ponto de vista formal, isso constitui uma *inversão do sistema penal*, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por *medida de contenção provisória* transformada definitivamente em prática.<sup>776</sup>

No Brasil, apesar de muitas vezes os dados conflitarem, tem-se que o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça) apontou, em meados de 2007, a porcentagem de 34% de presos provisórios no país<sup>777</sup>; *sem contar, porém, os presos em delegacias, cujo número é enorme e certamente alteraria a estatística*. Em novo levantamento, em junho de 2008, já se passou a falar em cerca de 50% de presos provisórios, sendo quase 40% destes acusados de crimes considerados *leves*.<sup>778</sup> Segundo ZAFFARONI, as prisões cautelares “regulam todo um sistema penal que opera antes da condenação”<sup>779</sup> *e são hoje até mesmo mais relevantes que aquelas decorrentes de sentença condenatória do ponto de vista do impacto na práxis*, constatando-se que os índices gerais de encarceramento variam muito mais com modificações na regulamentação do confinamento cautelar que com reformas propriamente penais.<sup>780</sup>

---

argentino) sobre el control social en America Latina. In: PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**, p. 216-217.

<sup>775</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**, p. 571: “*a infalibilidade e a prontidão da pena desejadas por Beccaria e Bentham foram substituídas pela imediatidade e pela infalibilidade da prisão preventiva*”. Trad. Livre. No original: “*l’infalibiltà e la prontezza della pena auspicata da Beccaria e da Bentham sono state sostituite dall’immediatezza e dall’infalibilità della carcerazione preventiva*”.

<sup>776</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, p. 70. Segundo o autor, em outro escrito, a porcentagem de presos cautelares alcança 70% na América Latina, não havendo para tal *legitimação jurídica possível*; cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 385.

<sup>777</sup> Cf. dados do InfoPen (Sistema de Informações Penitenciárias), noticiado pela Agência Brasil e disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/12/04/materia.2007-12-04.2100943697/view>.

<sup>778</sup> Cf. noticiado pelo periódico “O Estado de São Paulo” em 24 de julho de 2008, disponível em: <http://www.espacopublico.blog.br/?p=4572>.

<sup>779</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, p. 110.

<sup>780</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, p. 111.

Não apenas neste contexto a prisão cautelar tem importância decisiva no aumento das taxas de encarceramento: também na Itália, conforme estudo estatístico trazido à baila por PAVARINI, vê-se que entre 1956 e 1994 decresce constantemente a porcentagem de internos e condenados, enquanto cresce espetacularmente a de presos preventivamente:

Isto significa que a tendência à progressiva redução do cárcere como pena continua até finais dos anos oitenta e que o aumento da população carcerária nos anos setenta e oitenta é, predominantemente, imputável ao crescimento enorme da prisão preventiva. (...) a resposta punitiva atípica através da prisão preventiva se mostrou politicamente preferível por suas características virtuosas de imediatidade e indefectibilidade em relação a uma resposta típica, distante no tempo e provavelmente incerta.<sup>781</sup>

Vê-se, assim, que “existem segmentos carcerários funcionalizados para servir a necessidades endoprocessuais atípicas orientados teleológica e conscientemente a favorecerem as diversas e desejadas formas de colaboração processual do detido com a autoridade judicial interveniente”<sup>782</sup>, cumprindo um escopo próprio da estrutura inquisitória. De um lado, trata-se da *erosão processual da pena* enquanto “função atípica e imprópria de ‘antecipar a pena’ que a custódia cautelar vem progressivamente assumindo, até chegar ao limite extremo de constituir a única resposta sancionatória efetiva sofrida por uma parte não menor da clientela penal”.<sup>783</sup> Por outro, é a própria *instrumentalidade do*

<sup>781</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 190. Trad. livre. No original: “Esto significa que la tendencia a la progresiva reducción de la cárcel como pena continúa en el tiempo hasta fines de los años ochenta y que, el aumento de la población carcelaria en los años setenta y ochenta es, predominantemente, imputable al crecimiento enorme de la prisión preventiva. (...) la respuesta punitiva atípica a través de la prisión preventiva se ha mostrado políticamente preferible por sus características virtuosas de inmediatez e indefectibilidad respecto de una respuesta típica, lejana en el tiempo y probablemente incierta”. Vale conferir os quadros comparativos nas p. 189-190. No mesmo sentido, v. HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 108: “Sabe-se que há muito tempo a criminalidade registrada policialmente aumenta, com uma quota de esclarecimento decrescente. Enquanto a partir de 1970 o número de adultos na prisão por pouco tempo (até seis meses) diminui notavelmente, o quociente de prisão preventiva aumenta ostensivamente, o que, por um lado, é consequência da política criminal no âmbito das sanções, e por outro, é interpretado como sendo a prisão preventiva parcialmente um complemento da pena”. Trad. livre. No original: “Se sabe que desde hace mucho tiempo, la criminalidad registrada policialmente aumenta, con una cuota de esclarecimiento decreciente. Mientras que a partir de 1970 el número de adultos en prisión por corto tiempo (hasta seis meses) disminuye notablemente, el cociente de prisión preventiva aumenta ostensiblemente, lo cual, por un lado, es consecuencia de la política criminal en el ámbito de las sanciones, y por el otro, es interpretado como que la prisión preventiva es parcialmente un complemento de la pena”.

<sup>782</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 53-54. Trad. Livre. No original: “existen segmentos carcelarios funcionalizados para servir a necesidades endoprosales atípicas orientados teleológica y conscientemente a favorecer las diversas y deseadas formas de colaboración procesal del detenido con la autoridad judicial interveniente”.

<sup>783</sup> PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**, p. 188. Trad. Livre. No original: “función atípica e impropia de ‘antecipar la pena’ que la custodia cautelar ha venido progresivamente asumiendo, hasta llegar al límite extremo de constituir la única respuesta sancionatoria efectiva sufrida por una parte no menor de la clientela penal”.

*processo* que resta distorcida, não atenta a sua função de mediação para o acerto do caso penal, mas, incorporando mais que nunca o princípio inquisitivo, voltando-se prioritariamente a uma “reação imediata através do cárcere preventivo e as coações inerentes aos primeiros momentos da investigação”.<sup>784</sup>

Reconhece-se a importância estratégica de uma postura que, no plano *legal*, ou seja, dentro de uma dimensão *normativa*, na qual se busca *convencimento*<sup>785</sup>, lute pela utilização excepcional da custódia cautelar através da rígida diferenciação entre propósitos punitivos e cautelares. Certamente não se pode abrir mão de lutar por mudanças tais como a fixação de um prazo máximo e correto de duração<sup>786</sup> e a observância plena do contraditório.<sup>787</sup>

Entretanto, a proposta é de buscar trilhar por outra dimensão, *explicativa*, da questão, buscando um enfoque que signifique uma compreensão efetivamente crítica. Se o *discurso acadêmico* não o fizer, certamente tomará ainda mais espaço, nas esferas judiciais, o punitivismo que tanto e a tantos faz sofrer.

O único papel possível atribuível à dogmática penal e processual penal é a de limitação do poder punitivo<sup>788</sup>, nos termos prezados pelo modelo *garantista*. Este, no entanto, é um modelo *normativo* e, como tal, deve ser compreendido. BERGALLI, neste

<sup>784</sup> VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**, p. 109. Trad. livre. No original: “reacción inmediata a través del encarcelamiento preventivo y las coacciones inherentes a los primeros momentos investigativos”. Para o autor, a custódia cautelar cumpre, efetivamente, *funções punitivas e papéis repressivos* próprios do direito penal; cf. *Idem*, p. 236.

<sup>785</sup> Observa-se, por outro lado, que inclusive no plano normativo há problemas a serem considerados na radicalização da compreensão da custódia cautelar como medida estritamente processual. É o que se vê, por exemplo, na aplicação da regra da *imediatez* na aplicação da lei “processual” que trate sobre a custódia cautelar ou no que tange ao cumprimento de direitos do preso provisório relativos à execução penal.

<sup>786</sup> Sobre, v. entre outros, PASTOR, Daniel. **El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002; BOVINO, Alberto. El fallo ‘Suárez Roseo’. **Nueva Doctrina Penal**, 1998/B, Buenos Aires: Editores Del Puerto, p. 631-690; TAORMINA, Carlo. **Diritto Processuale Penale**, v. I, p. 443-449; DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>787</sup> Sobre o tema, ver o exemplo das legislações de França e Itália; e também: CHIAVARIO, Mario. **La riforma del processo penale**, p. 164; e MACHADO, Fábio G. de Paula. Considerações sobre a prisão cautelar. **Revista dos Tribunais**, p. 451 e ss.

<sup>788</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 385: “é necessário um programa de dogmática penal liberal”; esta dogmática deve voltar às ‘Luzes’, mas deve também reconhecer com precisão e jogar fora as ‘sementes do mal’ (as ‘teorias da pena’, ou seja, a legitimação mediante o discurso da ‘defesa social’, que contém a figura da ‘guerra’). Trad. livre. No original: “è necessario un programma di dommatica penalistica liberale; questa dommatica deve tornare ai ‘Lumi’, ma deve anche accuratamente riconoscere e gettar via i ‘semi del male’ (le ‘teorie delle pene’ ossia la legittimazione mediante il discorso della ‘difesa sociale’, contenente la figura della ‘guerra’).”

sentido, questiona sua efetivação na realidade latino-americana<sup>789</sup> e critica os penalistas que, à margem da realidade, não demonstram a vontade “de fazer outra coisa que se dedicar ainda, e como sempre, ao aperfeiçoamento dos aspectos normativos da intervenção penal e processual penal”.<sup>790</sup>

É que “a exasperação dos sistemas penais contemporâneos não é apenas o produto dos usos abusivos dos instrumentos punitivos à disposição da polícia, da jurisdição ou das prisões; é, antes de tudo, o resultado de uma produção de direito penal ou processual penal sujeitada a razões não jurídicas”.<sup>791</sup> Sendo assim, cogita-se a explicação da operacionalização do sistema penal a partir de um *princípio de guerra*<sup>792</sup>, o que daria razão a CHRISTIE quando identifica no sistema penal um *novo holocausto*.<sup>793</sup>

Na América Latina e na periferia do capitalismo, há muito se prende para incapacitar e, assim, *excluir mais e mais*, principalmente através da prisão cautelar, *que é efetivamente a própria pena, antecipada*. Vale conferir, neste sentido, o que afirmou o juiz Sérgio Fernando Moro, em entrevista, defendendo o uso da medida porque em “em boa parte dos casos” o processo não termina, sendo que “a punição que houve, que é uma coisa

---

<sup>789</sup> BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico-penale di lingua ispanica. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 197: afirma que tais ordenamentos jurídicos “não conseguem subordinar à lei todos ou alguns dos poderes públicos ou que não podem assegurar o controlo do respeito à legalidade por parte de juízes independentes”. Trad. livre. No original: “non riescono a subordinare alla legge tutti o alcuni dei poteri pubblici o che non possono assicurare il controllo del rispetto della legalità da parte di giudici indipendenti”.

<sup>790</sup> BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico-penale di lingua ispanica. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 196. Trad. livre. No original: “di fare altro che dedicarsi ancora, come sempre, al perfezionamento degli aspetti normativi dell’intervento penale e processuale penale”.

<sup>791</sup> BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico-penale di lingua ispanica. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 193. Trad. livre. No original: “L’inasprimento dei sistemi penali contemporanei non è soltanto il prodotto di usi abusivi degli strumenti punitivi a disposizione della polizia, della giurisdizione o delle carceri; è, prima di tutto, il risultato di una produzione di diritto penale o processuale penale assoggettata a ragioni non giuridiche”.

<sup>792</sup> V. FOUCAULT sobre *a política como a guerra continuada por outros meios* e a guerra como “o fundamento da sociedade civil, a um só tempo o princípio e o motor do exercício do poder político”, em: FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**, p. 23-26. Sobre o sistema penal e os fundamentos da pena, a hipótese é trabalhada na obra de ZAFFARONI, mencionando-se, ainda, Tobias BARRETO, que afirmou: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”, cf. BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. **Revista dos Tribunais**, p. 650; e também: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, p. 138-139; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**, p. 388.

<sup>793</sup> CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?**, p. 22.

inadequada, é a prisão temporária ou preventiva que não tenha chegado até o final do processo. Infelizmente é a realidade, com exceções”.<sup>794</sup>

Com os olhos sob suas funções reais objetivamente exercidas, só se pode concluir que a *prisão cautelar latino-americana* consubstancia a mais perversa versão da *incapacitação* como justificativa para o cárcere: largamente utilizada, sem fundamento jurídico aceitável e contrária a postulados constitucionais, justificada, ainda, por grande parte da doutrina como sendo um *mal necessário*, visa retirar *imediatamente* de circulação aqueles a que se entende não se poder viver em sociedade, o que significa, nas regiões periféricas, a exclusão definitiva e institucional dos já excluídos e selecionados pelo sistema; a punição, pelo processo, dos vulneráveis convertidos em culpados pela estrutura inquisitória; o derradeiro descarte, enfim, dos descartáveis.

---

<sup>794</sup> V. “Juiz defende uso de grampo e prisão preventiva. Entrevista: Prisão de chefes do crime depende da utilização do grampo”. **Folha de São Paulo**, n. 28.971, São Paulo, 28 de julho de 2008, p. A14. Observa-se que embora prevista a prisão em flagrante na Constituição brasileira, como exceção (“Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”), não restaria, por isto, afastada a natureza *punitiva* da prisão cautelar.

## CONCLUSÕES

01. A prisão cautelar é medida que equivale à pena tanto substancialmente quanto na dimensão relativa às suas funções reais objetivamente exercidas.
02. O tratamento do tema da prisão cautelar dentro de uma perspectiva meramente normativa e premissas equivocadas em sua abordagem tradicional impedem a realização de uma crítica frontal ao instituto, adotando-se o conceito de *obstáculo epistemológico* para se referir às causas da estagnação que faz com que sua crítica em regra não ultrapasse o argumento que a trata como um “mal necessário”.
03. Antes de tudo, é preciso adotar uma concepção de processo não mais filiada à filosofia da consciência, ressaltando-se, desde logo, sua dimensão *instrumental* como mediação lingüística para o acerto do caso penal, através da reconstrução, pela linguagem, de um fato pretérito.
04. Buscou-se, neste sentido, seguir por três vias principais, referentes (a) à crítica da compreensão da tutela cautelar segundo as teorias ainda marcadas pelas noções e adaptações do conceito de lide ou conflito de interesses enquanto conteúdo do processo penal; (b) à caracterização do sistema processual penal cuja gestão da prova se concentra no julgador como essencialmente inquisitório, entendendo-se a prisão cautelar como expressão do princípio inquisitivo e especialmente quando decretada para tutelar a instrução ou garantir a aplicação da lei penal; (c) à leitura do tema a partir das perspectivas que identificam suas funções reais objetivamente exercidas, iguais às da pena de prisão, mas qualificada pelo imediatismo, em uma prática marcada pelo pensamento neoliberal, pelo princípio da eficiência e pela tendência à gestão administrativa e seletiva das penalidades.
05. Da primeira via, tem-se por inaceitável a tentativa de construção de uma *teoria geral* do processo e a noção de lide como conteúdo do processo penal, seja na acepção inicial de Carnelutti ou segundo a reformulação de Leone e outros, que, aplicada à compreensão das medidas cautelares, foi entendida como referente a um conflito de interesses presente na repartição dos “riscos” inerentes às possibilidades de absolvição ou condenação.



06. Falar nestes termos, porém, implicaria ignorar a preponderância definida constitucionalmente pelo princípio da presunção de inocência, postulado iluminista em tensão com a incontrovertida identidade *substancial* entre a prisão cautelar e a prisão decorrente de pena definitiva. Ocorre que tal identidade é contornada retoricamente pela distinção teleológica entre uma prisão *penal* e outra *processual*, admitindo-se a prisão cautelar como necessária em determinados casos, de escopo efetivamente cautelar, respeitando-se critérios e princípios pretensamente limitadores à sua utilização abusiva.
07. Entretanto, o *abuso* parece inerente ao *uso*: na passagem e adaptação da estrutura processual inquisitória advinda do Medievo aos postulados iluministas, nos sistemas jurídicos europeu-continentais, manteve-se o princípio inquisitivo na gestão da prova, o que permite afirmar não haver um “sistema misto”, mas se seguir com sistemas essencialmente inquisitórios e nos quais a prisão cautelar é a expressão por excelência.
08. Neste sentido a demarcação do segundo capítulo e a compreensão das hipóteses de prisão cautelar para garantir a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, através das quais se toma o imputado por *meio* de prova e *objeto* de investigação. A subordinação do direito à liberdade do acusado a interesses vinculados à garantia da instrução ou do resultado do processo só cabe na ótica do princípio inquisitivo, razão pela qual a prisão cautelar possibilita, em larga medida, a formulação de pré-julgamentos pelo órgão julgador, nos termos do que Franco Cordero chamou “primado das hipóteses sobre os fatos”. Ademais sempre se poderá manipular, pela linguagem, os critérios e princípios limitadores, seguindo-se utilizando a prisão cautelar em larga escala.
09. Em terceiro lugar, por fim, identifica-se, tanto no processo histórico culminante na “invenção da penitenciária”, como no contexto atual, liames inafastáveis entre o cárcere cautelar e a prisão que é pena.
10. Primeiramente, a prisão cautelar ocupa importante papel no processo histórico de conversão do cárcere em local de punição e da privação de liberdade como a forma de punição hegemônica da sociedade capitalista; o que se vê pela história das casas

de correção e sua relação com os locais já existentes como prisão (as *jails* nos Estados Unidos, por exemplo).

11. Hodiernamente, é preciso olhar para a crise da idéia do cárcere como local de ressocialização e transformação do indivíduo que acompanha a falência do Estado de Bem-Estar nos países centrais, no decorrer do século XX. Emergindo o ideário neoliberal e sua descrença da possibilidade de se incluir a todos, consagra-se o *mercado* como referência e a *ação eficiente* como parâmetro epistemológico.
12. Do *princípio da eficiência* decorre a tendência a uma gestão administrativa do sistema penal, fundada na lógica “custo/benefício” que significa *custo mínimo* e *segurança máxima*, do que decorrem políticas belicistas de segurança pública e modelos justificativos que atribuem à prisão a estrita função de prevenção especial negativa, ou seja, de *incapacitação*, até então submersa pelos ideais de intimidação geral e correção do delinqüente.
13. Sob estes parâmetros deve ser compreendida a prisão cautelar para *garantia da ordem*, que é a que expressa com mais “honestidade” as funções *reais* cumpridas pela custódia cautelar.
14. Nos países centrais, a crise do ideal de ressocialização, substituído pela ideal regido pelo princípio da eficiência, desemboca na re-emergência da finalidade de prevenção especial negativa, ou incapacitação, enquanto escopo *primário* da pena de privação de liberdade, e não apenas como finalidade secundária ou indireta.
15. Nos países periféricos, com destaque ao Brasil e à América Latina, onde não se verifica qualquer tentativa concreta de inclusão social e quanto menos da população criminalizada, o *eficientismo penal* maximiza o potencial excludente do cárcere, devendo-se levar em conta características próprias referentes à construção social do “socialmente perigoso” referentes à importância do período colonial na composição de suas populações e na elaboração das estratégias de controle social.
16. Portanto: se a prisão cautelar e a prisão imposta em decorrência de condenação definitiva são substancialmente idênticas e se não se sustenta sua diferenciação teleológica, na medida em que ambas cumprem a função real de incapacitação dos indivíduos ou grupos tidos como “socialmente perigosos”, não há argumento consistente que sustente serem elas institutos diversos.

17. Não se nega a função *limitadora* a ser exercida pela dogmática penal, não podendo se conceber, porém, a ausência da crítica, dentro de uma perspectiva explicativa, mesmo porque a dimensão normativa não é capaz de, por si só, conter o poder e garantir os direitos individuais.
18. O cárcere sempre foi um lugar de exclusão; a diferença é que agora não mais subsistem as teorias que buscavam uma *utilidade* para a pena de prisão, admitindo-se, já sem pudor, que se prende para excluir. Qualificada pelo imediatismo, a prisão cautelar exerce o mesmo papel: e se ela é um mal *necessário*, entenda-se o adjetivo como *necessidade de exclusão daqueles a quem se considera “socialmente perigosos”*, a fim de garantir a manutenção de uma determinada estrutura de poder e produção dominantes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e revisão de Ivone Benedetti. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALMEIDA JR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920.

ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e Juristas: Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil**. São Paulo: Método / IBCCRIM, 2003.

AMODIO, Ennio. La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, f. 3, 1967, Milão: A Giuffrè Editore, p. 841-891.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Medidas cautelares inominadas. **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 57, 1988, Rio de Janeiro: Forense, p. 33-90.

ARGUELLO, Katie. **Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem**. Conferência proferida no "1º Congresso Paranaense de Criminologia" em Londrina, 2005. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>. Acessado em: 5 jun. 2008.

AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica?. **Dei delitti e delle Pene**, n. 1, 1991, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 53-81.

\_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos / Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

\_\_\_\_\_. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 29, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27-52.

\_\_\_\_\_. Resocialización o control social: por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado. **Sistema Penal para o 3º Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel**

(Organização: João Marcello de Araújo Júnior). Tradução de Mauricio Martinez. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **Fundamentos críticos para a deslegitimação da prisão provisória**. Rio de Janeiro: 2007, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Dissertação (Mestrado em Direito).

BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1986.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. **Revista dos Tribunais**, v. 727, 1996, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 640-650.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. São Paulo: Jorge Zahar, 1991.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECKER, Howard S. **Outsiders: saggi di sociologia della devianza**. Tradução de Mauro Croce, Claire-Lise Vuadens e Diego Brignoli. 4.ed. Torino: Gruppo Abele, 1997.

BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**. V. I. Milano: Giuffrè, 1952.

BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di Diritto Processuale Penale**. 7. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1982.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Revisão de Roselene Cristiani dos Santos Oliveira. Leme, SP: CL Edijur, 2002.

BERGALLI, Roberto. Epílogo y reflexiones (de un argentino) sobre el control social en America Latina. In: PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. 6.ed. México: Siglo Veintiuno, 1998.

\_\_\_\_\_. Fallacia garantista nella cultura giuridico-penale di lingua ispanica. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli** (Coordenação de Letizia Gianformaggio). Torino: Giappichelli Editore, 1993, p. 191-198.

BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália Séculos XV-XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Revisão de Fauzi Hassan Chouckr. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal**. Curitiba: 2005, Universidade Federal do Paraná, Tese (Doutorado em Direito).

BOURDIEU, Pierre (org.). **Actes de la recherche en sciences sociales: de l'État Social à l'État Pénal**, n. 124, 1998, Paris: SEUIL (traduzido em: **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11, 2002, Rio de Janeiro: ICC/Revan).

BOVINO, Alberto. El fallo 'Suárez Roseo'. **Nueva Doctrina Penal**, 1998/B, Buenos Aires: Editores Del Puerto, p. 631-690.

CALAMANDREI, Pietro. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e giurisdizione). **Rivista di diritto processuale civile**, vol. V, 1928, Padova: Cedam, p. 3-22.

\_\_\_\_\_. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e processo). **Rivista di diritto processuale civile**, vol. V, 1928, Padova: Cedam, p. 89-98.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du droit penal et de la justice criminelle**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Luís Fernando Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Tradução de Santiago Melendo. V. I e II. Buenos Aires: Europa-América, 1950.

\_\_\_\_\_. **Lezioni di diritto processuale civile**. v. I. Padova: Cedam, 1926, reimpressão 1986.

\_\_\_\_\_. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2.ed. Tomo I. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratatto del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1958.

CARRANZA, Elías; MORA, Luis Paulino; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El ‘preso sin condena’ en América Latina y el Caribe. **Doctrina Penal**, n.17-20, 1982, Buenos Aires: Depalma, p. 643-669.

CARRARA, Francesco. La imoralidad del carcere preventivo. **La Prisión Preventiva: Propuestas de reforma precedidas por la traducción castellana de los escritos de Francesco Carrara sobre la materia** (Organização de Marcelo Finzi). Buenos Aires: Depalma, 1952.

\_\_\_\_\_. **Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral**. V. II. Tradução de José Luiz Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública. **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo** (Coordenação de Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 221-258.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal** (Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e António José Avelãs Nunes). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 473-487.

\_\_\_\_\_. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, 2005, Curitiba: Editora da UFPR. p. 35-56.

CASARA, Rubens R. **Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal**. Coleção Pensamento Crítico (Coordenação: Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro. Forense, 1983.

CASTRO, Julio C. La prisión preventiva es una ‘lettre-de-cachet’ moderna?. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, n. 14, 2002, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 545-569.

CHIAVARIO, Mario. **La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice**. 2. ed. Torino: UTET, 1990.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. V. I e II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

CHOUCKR, Fauzi Hassan. A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 4, 1993, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89-93.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?** Tradução de Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**, Tomos I e II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, s/a.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. Barueri, SP: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Roma: UTET, 1986.

\_\_\_\_\_. **Procedura Penale**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

CORNU, Gérard. **Vocabulaire juridique**. 4. ed. Paris: Puf, 2003.

COSTA, Cláudio. **Filosofia da Linguagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

COUSINEAU, Marie-Marthe. Détention Provisoire au Québec: éléments de connaissance et propositions de réflexions. **Revue Criminologie**, n. 2, 1995, Montréal: Université de Montréal, p. 5-26.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A crise da segurança pública no Brasil. **Garantias constitucionais e processo penal** (Organização: Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 181-186.

\_\_\_\_\_. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim do IBCCRIM**, n. 188, 2008, São Paulo: IBCCRIM, p. 11-13

\_\_\_\_\_. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. (Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto de Lima). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232.



\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 30, 1998, Curitiba: Editora da UFPR, p. 163-198.

\_\_\_\_\_. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. **Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1986, p. 39-76.

\_\_\_\_\_. **L'esigenza di garanzia dei diritti della difesa nel nuovo processo penale brasiliano**. Roma: 1988, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Tese (Doutorado em Direito).

\_\_\_\_\_. Prefácio. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Prefácio. ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). **Estudos Constitucionais** (Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes e Lênio Luiz Streck). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137-150.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. (Coordenação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-55.

\_\_\_\_\_. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 31, 1999, Curitiba: Editora da UFPR, p. 37-49.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. PENA (verbetes). **Dicionário de Filosofia do Direito** (Coordenação de Vicente de Paulo Barreto). São Leopoldo, RS: Editora Unisinos/Renovar, 2006, p. 625-629.

\_\_\_\_\_. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?. **Revista de Estudos Criminais**, n. 11, 2003, Rio de Janeiro: Notadez Editora, p. 23-29.

CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**. Torino: G. Giappichelli, 1989.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992.

DE LUCA, Giuseppe. **Lineamenti della Tutela Cautelare Penale: La carcerazione preventiva**. Padova: Cedam, 1953.

DEL POZZO, Carlo Umberto. **Introduzione allo Studio Della Libertà Personale nel processo**. Milano: Giuffrè, 1959.

DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELVAILLE, Alexandre. **De la déduction de la détention préventive**: et de l'influence de la loi du 15 novembre 1892. Paris: Chevalier-Marescq, 1895.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. 2. ed. II v. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: Diagnóstico crítico e alternativas de superação. **Constituição e Processo**. (Organização de Fredie Didier Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Luiz Manoel Gomes Jr.) Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 97-114.

DUSSEL, Enrique. **1492 – O Encobrimento do Outro**. Tradução de Jaime Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

EYMERICH, Nicolau; PEÑA, Francisco. **Manual dos Inquisidores**. 2. ed. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Brasília: Editora UnB, 1993.

FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. O Estado neoliberal e o caso mexicano. **Estado e políticas sociais no neoliberalismo** (Organização de Ana Cristina Laurell). 3.ed. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: Teoria del Garantismo Penale. 7. ed. Bari: Laterza, 2002.

\_\_\_\_\_. L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza. **Dei delitti e delle pene**, n.3, 1987, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 581-593.

FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del Diritto Processuale Penale**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1965.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. 41. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

GARLAND, David. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GAROFALO, Raffaele. **La Criminologie**: étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité. 10.ed. Paris: Félix Alcan Editeur, 1890.

GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, f. 4, 1998, Milão: Giuffré Editore, p. 1168-1200.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan / ICC, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**. Tradução de Leandro Farina. Leme, SP: Fórum, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, n. 42, 1994, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, p. 30-34.

\_\_\_\_\_. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 10.ed. Bari: Laterza, 2003.

HARCOURT, Bernard. **Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing**. London: Harvard University Press, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. ed. Tradução de Patricia Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. 5.ed. Tradução de Donald Stewart Jr. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HAWKINS, Gordon; ZIMRING Franklin E. **Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime**. New York: Oxford University Press, 1995.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**. Tradução de Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1988.

ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1978, Milão: Giuffré Editore, p. 919-980.

ISRAEL, Jerold; KING, Nancy; LAFAVE, Wayne. **Criminal Procedure**. 3.ed. St.Paul: West Group, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal. **Revista Justitia**, n. 132, 1985, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, p. 107-129.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4. ed. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 2, 1993, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 83-93.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Coleção Pensamento Crítico (Coordenação: Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil: art. 796 a 812**. 2. ed. Tomo I. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1985.

LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1954.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIPINER, Elias. **Santa Inquisição: terror e linguagem**. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1977.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003.

LOMBROSO, Cesare. **L'uomo delinquente: Atlante**. 5.ed. Torino: Fratelli Bocca, 1897.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. **Revista dos Tribunais**, v. 748, 1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.449-467.

LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Considerações sobre a prisão cautelar. **Revista dos Tribunais**, v. 773, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 444-468.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos**. 2.ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1999.

\_\_\_\_\_. La gravedad y la repercusión social del hecho como fundamento del encarcelamiento preventivo obligatorio en el proceso penal. **Doctrina Penal**, n. 5-8, 1979, Buenos Aires: Depalma, p. 57-69.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomos I e III. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MARCELLINO JUNIOR, Julio César. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Itajaí: 2006, Univali – Universidade do Vale do Itajaí, Dissertação (Mestrado em Direito).

MARCHETTI, Paolo. **Testis Contra Se: l'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna**. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I e IV. Campinas: Bookseller, 1997.

McCONVILLE, Sean. Local Prison: The Jail. **The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society** (Organização de Norval Morris e David Rothman). New York: Oxford University Press, 2005, p. 266-294.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006

MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de Droit Criminel**. Tomo II. 4. ed. Paris: Éditions Cujas, 1979.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução: Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MORIN, Daniel Emilio. Acerca de la razoabilidad de las presunciones legales, *juris et de jure*, en materia de encarcelamiento preventivo. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, v. 4, f. 8/B, 1998, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 345-357.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. Entrevista: Prisão de chefes do crime depende da utilização do grampo. **Folha de São Paulo**, n. 28.971, São Paulo, 28 de julho de 2008, p. A14

MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J. (org.). **The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society**. New York: Oxford University Press, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JR., Nelson. Do Processo Cautelar. **Revista de Processo**, n. 39, 1985, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 178-189.

NOBILI, Massimo. **La nuova procedura penale: lezioni agli studenti**. Bologna: CLUEB, 1989.

NUNES, Leandro Gornicki. Prisão preventiva: uma visão garantista. **Para um Direito Democrático: diálogo sobre paradoxos** (Organizador: Alexandre Moraes da Rosa). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 179-191.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Francisco Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

PASUKANIS, Eugeny B. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. A dónde vamos?. **Capítulo Criminológico**, n. 22, 1994, Maracaibo: Universidad del Zulia, p. 3-15.

\_\_\_\_\_. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. 6.ed. México: Siglo Veintiuno, 1998.

\_\_\_\_\_. Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 2, 1986, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 251-276.

\_\_\_\_\_. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. **Capítulo Criminológico**, n. 21, 1993, Maracaibo: Universidad del Zulia, p. 29-41.

\_\_\_\_\_. Note sulle concezioni amministrative e tecnocratiche della penalità. **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 3, 1994, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 157-167.

\_\_\_\_\_. **Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad**. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2006.

\_\_\_\_\_. Il 'socialmente pericoloso' nell'attività di prevenzione. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, f. 2, 1975, Milano: Giuffrè Editore, p. 396-454.

\_\_\_\_\_. Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale. **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 1-2-3, 2002, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 329-337.

\_\_\_\_\_. Procesos de re-encarcelamiento en el mundo, o bien del dominio de un cierto 'punto de vista'. **Estudios sobre la justicia penal: Homenaje al Profesor Julio B. Maier**. Tradução de Pablo Eiroa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 595-609.

PEZZATINI, Pompeo. **La custodia preventiva**. Milano: Giuffrè Editore, 1954.

PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. 4.ed. Padova: Cedam, 1985.

PRADO, Geraldo. **Prisão e Liberdade no Processo Penal Brasileiro**. Palestra proferida na sede da OAB, Magé/SP, em 19.08.99. Disponível em: [http://www.direitosfundamentais.com.br/html/artigo\\_prisao\\_liberdade.asp](http://www.direitosfundamentais.com.br/html/artigo_prisao_liberdade.asp) . Acessado em: 10/07/2005.

\_\_\_\_\_. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PREZA RESTUCCIA, Dardo. **Libertades en el proceso penal**. 2.ed. Montevideu: Idea, 1990.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

ROMERO, Cecilia Sánchez. La prisión preventiva en um Estado de Derecho. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**, n. 14, 1997, São José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p. 54-77.

ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual: um estudo sobre a prisão preventiva**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RUBIANES, Carlos. **Manual de Derecho Procesal Penal**. V. I e III. Buenos Aires: Depalma, 1978.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, n. 10, 2003, Sapucaia do Sul: !TEC, p. 113-119.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Curitiba: ICPC / Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2008.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. 27. ed. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCHWARCZ, Lilia Maria. **O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SERGI, Natalia. La privacion de libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, f. A, 2004, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 127-153.

\_\_\_\_\_. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. **Estudios sobre la justicia penal: Homenaje al Profesor Julio B. Maier**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2.005, p. 471-487.

SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. **Procédure Pénale**. 14. ed. Paris: Dalloz, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAORMINA, Carlo. **Diritto Processuale Penale**. V. I. Torino: Giappichelli Editore, 1991.

THEODORO JR, Humberto. **Tutela cautelar: direito processual civil ao vivo**. V.4. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.



TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 7, 1994, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 73-90.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**US v. Salerno**, 481 US 739 (1987). Disponível em: <http://www.findlaw.com>. Acessado em: 10/07/2007.

VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal (La realización penal)**. Tomos I e II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. II t. Cordoba: Editora Cordoba, 1986.

VÉRIN, Jacques. La detention preventive et la Criminologie. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, n. 1, jan.mar. 1969, p. 917-924.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. V. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 3. ed. Tradução de Marcos Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Criminologia: aproximación desde un margen**. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 20, 1997, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13-23.

\_\_\_\_\_. La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria. **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli** (Coordenação de Letizia Gianformaggio). Torino: Giappichelli Editore, 1993, p. 383-395.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAVALETA, Arturo. **La prision preventiva y la libertad provisoria: antecedentes históricos, doctrina, legislación y jurisprudencia**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.